



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

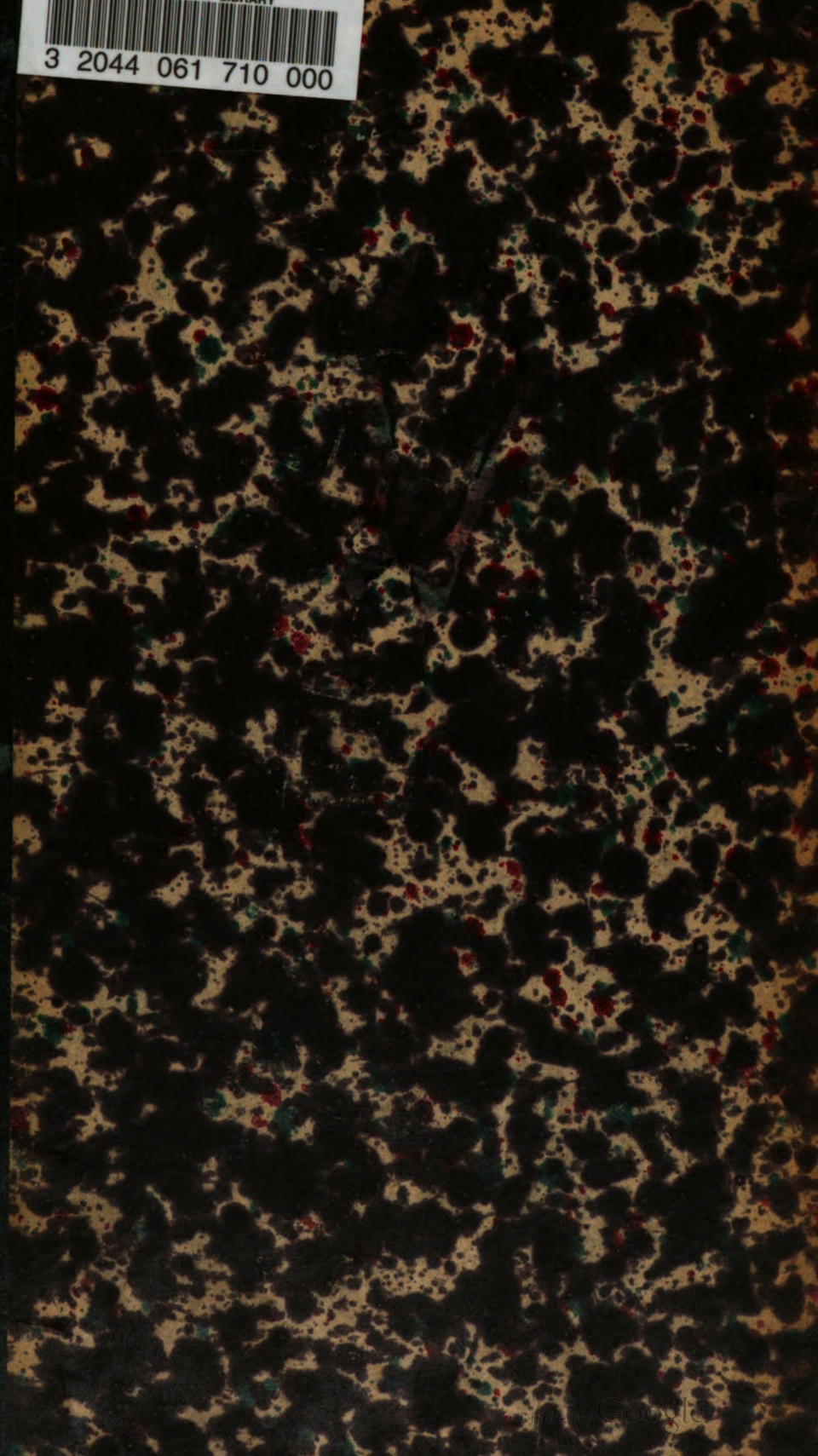
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>





HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 6 1925

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

INFLUENCE
DE LA
POLITIQUE D'AUGUSTE
x, SUR LE DROIT CIVIL PRIVÉ

Théorie traditionnelle des Statuts
OU
PRINCIPES DU STATUT RÉEL ET DU STATUT PERSONNEL
D'APRÈS LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 24 Juillet 1880

PAR

Louis BARDE

Avocat à la Cour d'appel de Bordeaux.

BORDEAUX

Imprimerie veuve J. PECHADE, rue du Parlement-Saint-Pierre, 12

1880

AUG 6 1925

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX.

PROFESSEURS :

- MM. COURAUD** *, doyen, officier de l'Instruction publique, professeur de Droit romain.
BAUDRY-LACANTINERIE, officier de l'Instruction publique, professeur de Droit civil.
RIBÉREAU, officier d'Académie, professeur de Droit commercial.
SAIGNAT, officier d'Académie, professeur de Droit civil.
BARCKHAUSEN, officier d'Académie, professeur de Droit administratif.
DELOYNES, officier d'Académie, professeur de Droit civil.
VIGNEAUX, officier d'Académie, professeur d'Histoire du Droit.
LE COQ, professeur de Procédure civile.
LEVILLAIN, professeur de Droit maritime.
MARANDOUT, professeur de Droit criminel.
GIDE, professeur d'Économie politique.
E. CUQ, chargé du cours de Pandectes.
LARNAUDE, agrégé, chargé du cours du Droit des gens.
-

- MM. RAVIER**, officier de l'Instruction publique, secrétaire agent-comptable.
PONCET-DES-NOAILLES, étudiant, adjoint au secrétariat.
DESPAGNET, étudiant en doctorat, bibliothécaire.
-

COMMISSION DE LA THÈSE :

Président..... **M. DELOYNES**

Suffragants..... **MM. COURAUD**
 VIGNEAUX
 SAIGNAT
 LEVILLAIN

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ROMAIN

- Accarias** Précis de Droit Romain, 2^e édit., 1874, 2 vol.
Beulé Auguste, sa famille et ses amis, 2^e édit., 1867.
Bonjean Traité des actions, 2^e édit., 1845, 2 vol.
Cauroy (Du) *Institutes* de Justinien, 8^e édit., 1851, 2 vol.
Cujas Œuvres, édit. de Naples.
Demangeat Cours élémentaire de Droit Romain, 3^e édit., 1876, 2 vol.
Id. De la condition du fonds dotal, 1860.
Domenget *Institutes* de Gaius, nouvelle édit., 1866.
Fresquet (De) Traité élémentaire de Droit Romain, 2 vol.
Gide (P.) Étude sur la condition civile de la femme, 1867.
Id. Du caractère de la dot en Droit Romain, Rev. de légial. anc. et mod., franç. et étr., année 1872.
Giraud Histoire du Droit Romain, 1841.
Id. Des *Nexi*, 1847.
Heineccius *Ad legem Juliam et Papiam Poppœam*, Lipsiæ, 1778.
Ihering (Von) L'Esprit du Droit Romain, traduc. O. de Meulenaere, vol. 2 et 3, 1877.
Keller (De) De la Procédure civile et des actions chez les Romains, traduc. Ch. Capmas, 1870.
Machelard Dissertation sur l'accroissement, 1858.
Marezoll Droit privé des Romains, traduit et annoté par Pellat, 1852.
Maynz Cours de Droit Romain, 4^e éd., 1876, 3 vol,

- Mommsen**..... Histoire Romaine, traduc. Alexandre, 8^e vol. 1872.
Namur..... Cours d'*Institutes*, 1864, 2 vol.
Ortolan..... Explication historique des *Institutes*, 8^e éd., 1870, 3 vol.
Pellat..... Textes sur la dot, 2^e éd. 1853.
Savigny..... Traité de Droit Romain, traduc. Guenoux, 1843, 8 vol.
Troplong..... De l'Influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains, 1855.
 Id...... De la contrainte par corps (préface) 1843.
Van Wetter..... Cours élémentaire de Droit Romain, 2 vol. 1872.
 Id...... Droit d'accroissement entre colégataires, 1866.
Zimmern..... Traité des actions, traduc. Etienne, 1843.

DROIT FRANÇAIS

- Antoine (Charles)**. De la succession légitime et testamentaire en Droit international privé, 1876.
Argentré (D')..... *Commentarii in patrias Britonum leges*, 1621.
Anbry et Rau..... Cours de Droit civil Français, 4^e édit. 1869-1879, 8 vol.
Barilliet..... Conflits de la loi Française.
Bartole..... *Omnia quæ exstant opera (In primam partem Codicis commentarii*, vol. VII, édit. de 1602).
Bertauld..... Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon, 1^{er} vol. 1869 (n^{os} 1 à 204).
Bouhier..... Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne, 1^{er} vol. 1787.
Boullenois..... Traité de la personnalité et de la réalité, 1766, 2 vol.
 Id...... Questions sur les démissions de biens (p. 82 et s.) 1727.
Brocher..... Nouveau traité de Droit international privé, 1876.
Colmet de Santerre (Demante et) — Cours analytique de Code civil, 1849-1873, 7 vol. parus.
Delsol..... Rev. crit. de légis. et de juris. 1868, t. XXXII, p. 481.
Demante..... (V. Colmet de Santerre).
Demangeat..... Histoire de la condition civile des étrangers en France, 1844.

- Demangeat**..... Du statut personnel (Rev. prat. de Dr. Franç., t. I, 1856, p. 49 et s.)
- Id.** Sur Félix (V. ce nom).
- Demolombe**..... Cours de Code Napoléon, 1869-1878, 30 vol. parus.
- Dubois (G.)**..... Essai sur le conflit des lois françaises et étrangères, 1862.
- Dumoulin**..... *Opera quæ exstant*, 5 vol. 1681.
- Duranton**..... Cours de Droit Français suivant le Code civil (3^e édit.), 1834-1837, 21 vol.
- Fenet**..... Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1827, 15 vol.
- Félix et Demangeat** Traité de Droit international privé (4^e édit.), 1876, 2 vol.
- Froland**..... Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts, 1729, 2 vol.
- Huc**..... Le Code civil italien et le Code Napoléon (Études de législation comparée), 1868, 1 vol.
- Journal de Droit international privé** (sous la direction de MM. Demangeat et Mancini), 1874-1879, 6 vol.
- Laurent**..... Principes de Droit civil, 1869-1878, 33 vol.
- Id.** Le Droit civil international, 1880, 2 volumes parus.
- Lehr**..... Éléments de Droit germanique, 1875.
- Mailher de Chassat** Traité des statuts, 1845.
- Marcadé et Pont**.. Explication théorique et pratique du Code Napoléon (6^e édit.), 1869-1873, 12 vol.
- Mathieu-Bodet**... Rev. de Dr. franç. et étr., 1846, t. III, p. 542.
- Merlin**..... Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 3^e édit., 1807-1821, 18 vol.
- Orsier**..... Traduction du Code civil italien, 1868.
- Pardessus**..... Loi salique et les *dissertations* à la suite, 1843.
- Pasquale-Fiore**... Droit international privé (traduc. Pradier-Fodéré), 1875.
- Phillimore**..... Commentaries on international law, 2^e édit., 1861-1875, 4 vol.
- Pont**..... (V. Marcadé).
- Prévot de la Jannés** Principes de la jurisprudence française, 1750, 2 vol.
- Proudhon**..... Traité sur l'état des personnes (3^e édit. augm. par Valette), 1842, 2 vol.
- Rapetti**... De la condition des étrangers (Thèse).

- Rau** (V. Aubry).
Regnault De la capacité en France au point de vue des étr.
divorcés, Rev. prat., XLV, 1879, p. 29 et suiv.
Renault De la succession *ab intestat* des Étrangers en
France et des Français à l'étranger (Journ. de
Dr. int. 1873, p. 329 et 422, et 1876, p. 15).
Revue de Droit international (de Gand) 1869-1879, 11 vol.
Rodenburgh *Tractatus de jure quod oritur ex statutorum
vel consuetudinum discrepantium conflictu*
(à la suite de Boullenois, Traité de la person-
nalité, etc.)
Savigny (De) Traité de Droit Romain (traduc. Guenoux), 8^e vol.
1851.
Story Commentaries on the conflict of laws foreign and
domestic, 1812, 1 vol.
Valette (V. Proudhon),
Id. Cours de Code civil, t. I^{er}, 1872.
Verger (Albert)... Des mariages contractés en pays étrangers, Rev.
prat. XLVI, 1879, p. 417 et s., et XLVII, 1880,
p. 62 et s.
Voet (Jean) *Commentarius ad Pandectas*, titre *De statutis*
(supplém. au tit. *De legibus*).
Voet (Paul) *De statutis eorumque concursu*, 1699.
Whæston Elements of international law, 1836.
-

INFLUENCE
DE LA
POLITIQUE D'AUGUSTE
SUR LE
DROIT CIVIL PRIVÉ

Introduction.

Presque tous les auteurs qui ont écrit l'histoire d'Auguste, ou qui ont abordé l'étude de son règne à un point de vue particulier, peuvent se diviser en deux classes. Nous y trouvons, en effet, des admirateurs aveugles et des détracteurs passionnés. Il semble d'ailleurs, en général, que les quelques grands personnages qui occupent les sommets de l'histoire défient l'impartialité. Ils ne laissent pas à l'imagination de l'écrivain le calme nécessaire pour trouver la juste mesure.

Ce phénomène s'est manifesté d'une façon saisissante dans les appréciations que l'on a données de l'influence personnelle d'Auguste sur la législation civile : les uns, par exemple, l'accusent d'avoir

entravé la marche croissante des affranchissements, uniquement pour atteindre son idéal de despote, et priver des hommes estimables, peut-être même éminents, du bienfait de la liberté. Les autres, au contraire, prétendent qu'en proposant au peuple les lois *Ælia-Sentia* et *Fusia Caninia*, absolument dégagé de visées ambitieuses, il s'efforçait de relever, aux yeux d'une société en décadence, le titre de citoyen Romain. La vérité, nous le verrons, c'est qu'il rappelait effectivement le peuple à son ancienne dignité, mais dans un but d'intérêt personnel.

On a souvent méconnu le sens de cette parole si juste de Montesquieu : « Sylla, homme emporté, mène violemment les Romains à la liberté ; Auguste, rusé tyran, les conduit doucement à la servitude. » (1) Ceux-ci estiment qu'elle ne s'harmonise pas avec les faits historiques ; ceux-là l'invoquent avec empressement, mais s'en prendre garde que si Montesquieu qualifiait Auguste de tyran, il croit utile d'ajouter que ce tyran était rusé, et sut s'imposer sans violence.

C'est ainsi qu'on a faussement apprécié le rôle que jouèrent sous ce prince les jurisconsultes officiels et les deux sectes connues sous le nom d'école Sabinienne et d'école Proculienne. Nous devons, dès à présent, aborder cette importante matière qui peut servir d'introduction à notre étude. Avant d'examiner sur quelles parties du droit civil s'exerça l'influence d'Auguste, il est rationnel de déterminer les limites de son action personnelle, et de la dégager de l'influence concommit-

(1) *Grandeur et déc. des Rom.* chap. XIII.

tante des grands jurisconsultes contemporains. Les *Prudentes* n'étaient-ils que les instruments dociles de la politique du prince ? Celui-ci, au contraire, ne faisait-il que proposer au Sénat ou aux Comices les projets des jurisconsultes ? Existait-il un lien, une communauté de vues et de but entre Auguste et les jurisconsultes autorisés, ou entre l'empereur et l'une des deux écoles ? On ne saurait douter qu'Auguste prit l'initiative des lois votées sous son règne. Mais, de plus, à notre avis, il n'eut point, dans son œuvre législative, pour guides ni encore moins pour créatures dévouées, les *Prudentes* ou les Sabinien. En instituant les jurisconsultes officiels, il créa sans doute un véritable monopole, puisqu'il leur accorda exclusivement le droit de donner des consultations juridiques. Mais c'est ici que l'homme rusé a le pas sur le tyran, cette faveur, il l'accorde au mérite et non à l'esprit de parti. Si Capiton, son partisan l'obtient, Labéon, son adversaire, l'obtient également. Peut-être espérait-il réduire ainsi la fière indépendance du chef des Proculiens. Mais il ne se dissimulait pas que Labéon pourrait bien recevoir le titre de *prudens* comme ce qui lui était dû, et ne pas lui en garder une grande reconnaissance. C'est ce qui arriva. Labéon refusa le consulat que lui offrait Auguste ; c'était une faveur : il la dédaigna. (1)

Les noms des jurisconsultes que nous venons d'écrire nous amène naturellement à relever une autre erreur. Confondant trop facilement les tendances

(1) Maynz, Cours de dr. rom. I p. 291, n° 190

générales des deux écoles avec les opinions de leurs chefs, on voit dans les Sabinien les organes attitrés de la politique impériale. Les Proculien bénéficient au contraire de la fermeté d'âme de Labéon, et représentent, tous sans distinction, le vieil esprit démocratique luttant avec énergie contre l'envahissement du despotisme. En réalité, les deux écoles ne différaient que par leurs méthodes scientifiques. Si les Sabinien étaient plus timides que les Proculien dans leurs déductions juridiques, s'ils étayaient prudemment leurs opinions sur celles de leurs devanciers, il s'en est trouvé plusieurs parmi eux qui surent relever la tête dans les luttes politiques. A l'inverse, les Proculien ne refusèrent pas toujours systématiquement à l'empereur une approbation complaisante. Tel fut, nous paraît-il, le véritable rôle des *Prudentes* et des deux sectes rivales. (1)

Il n'est guère possible de présenter cette question d'une façon plus inexacte que ne l'a fait M. Beulé dans son étude sur *Auguste et son siècle*. Ici, comme il arrive si souvent lorsqu'on s'attache à contrôler un travail historique à un point de vue particulier, la témérité des appréciations frappe tout d'abord, et on se demande comment l'auteur a pu méconnaître de la sorte le véritable caractère des faits. « Les légistes romains, dit M. Beulé, qui deviennent une classe dévouée à l'empereur, vont servir à faire des procès iniques, à justifier les illégalités, à faire condamner tous ceux qu'on veut atteindre ; ils vont créer ces compli-

(1) Maynz, Cours de dr. rom. I p. 292, n° 191.

cations de droit qui rendront la procédure hérissée de périls pour les citoyens » (1). Un pareil jugement suppose que l'auteur n'avait qu'une idée bien vague et bien inexacte du sujet. Donc, tous les illustres jurisconsultes du commencement de l'époque classique n'auraient eu pour but que de faire triompher l'injustice en étouffant le droit sous les subtilités. Certes, il serait triste qu'il en fût ainsi, quand on songe que la plupart des principes qu'ils ont posés servent de bases aux législations modernes ! Et quelle étrange critique de la procédure au [temps d'Auguste ! Le système formulaire, que ce prince n'a d'ailleurs pas introduit, et dont il a tout au plus favorisé le développement, serait inférieur aux cérémonies primitives et barbares des actions de la loi. Avant de déplorer une institution, jugeons celle qu'elle remplace ! Si le changement constitue une amélioration, on doit y applaudir, n'aboutirait-il pas à la perfection ! Reprochera-t-on à Auguste d'avoir établi ou laissé établir l'*appellatio* ? Mais, ne répondait-elle pas à un vœu général ? Déjà, sous la République, cette institution existait en germe dans le droit que tout magistrat avait d'opposer son *veto* à l'exécution de la sentence d'un magistrat inférieur ou égal. L'usage affirmait donc la nécessité de la réforme. En pratique, les plaideurs qui se croyaient mal jugés, savaient, bien avant le règne d'Auguste, *appellare magistratum*, *appellare tribunum* Ulpien, il est vrai, a adressé des critiques à

(1) p. 32.

l'innovation d'Auguste ; mais, en définitive, son appréciation peut se résumer en la formule vulgaire : C'est un mal pour un bien, jugement qui est vrai de tant d'institution du droit positif ! Au surplus, les avantages doivent l'emporter ici sur les inconvénients, puisque, après tant de siècles, il nous est encore permis d'en appeler au juge supérieur.

Etudions à notre tour le début de cette période si justement qualifiée de classique, où des monuments législatifs de la plus haute importance vont tout d'abord attirer notre attention. A ce propos, faisons une remarque générale. A mesure que l'empire s'affermissait, les édits devenaient de plus en plus nombreux, et les lois de plus en plus rares, la souveraineté des comices disparaissant peu à peu (1). Cependant, sous Auguste, cette souveraineté, déjà affaiblie sans doute, fut loin d'être absolument nominale, comme on le prétend quelquefois à tort. Plusieurs historiens ont pensé que les actes très-nombreux, qui parurent à cette époque sous la dénomination de *leges*, étaient de simples édits que l'empereur dissimulait sous un titre inexact pour sauvegarder les apparences, en affectant de ne point enlever aux comices, au moins en principe, le pouvoir législatif (2). Ce n'est point notre avis ; car, notamment, les fameuses lois *Julia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppæa* ne passèrent pas sans de grandes difficultés. Ce maintien du pouvoir législatif du peuple rentre dans l'opinion si plausible de

(1) Namur, t. 1, p. 25.

(2) Id., t. 1, p. 23.

Mommssen, d'après laquelle, malgré la nouvelle qualification du gouvernement, le fonctionnement républicain, à peu près complètement respecté par Auguste, se maintint non-seulement nominalement, mais encore en fait, sous ses premiers successeurs (1). Au surplus, à un point de vue général, il est acquis aujourd'hui que pendant longtemps une loi conféra le pouvoir aux empereurs élus, comme on avait toujours investi de l'*imperium* les magistrats entrant en fonctions. Ainsi, l'avènement d'un empereur répugnait d'autant moins au peuple qu'il avait toutes les apparences de l'installation d'un magistrat (2).

(1) *Manuel d'antiquités Romaines*, t. II, *Manuel de Droit public*.

(2) Maynz, *Cours de Dr. Rom.*, 4^e édit. I, p. 243.

CHAPITRE I^{er}.

Des lois « Julia de maritandis ordinibus » et « Papia Poppea. »

HISTORIQUE. — La partie la plus importante de l'œuvre législative d'Auguste est incontestablement la célèbre *lex Julia et Papia Poppæa*, que Montesquieu, dans un passage souvent cité, a jugé en ces termes : « Cette loi d'Auguste fut proprement un code de lois » et un corps systématique de tous les règlements » qu'on pouvait faire à ce sujet. On y refondit les lois » Juliennes, et on leur donna plus de force. Elles ont » tant de vues, elles influent sur tant de choses qu'elles » forment la plus belle partie des lois civiles des » Romains. » (1) Heineccius, non moins enthousiaste que l'auteur de *L'Esprit des lois*, a écrit, dans sa préface *ad lectorem* que les *leges novæ* suffiraient pour placer Auguste au rang des plus remarquables législateurs. Ce corps de lois est, en effet, une œuvre considérable, qui introduisit de grandes modifications dans beaucoup de matières de droit civil privé. Toute-

(1) *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. XXI.

fois, ce vaste remaniement paraît souvent peu judicieux. Il semble même, en plus d'un endroit, que le sens politique d'Auguste, ordinairement si fin et si droit, y ait perdu de sa subtilité et de sa justesse. Les éloges que Montesquieu adresse aux lois Papiennes, seraient évidemment fort exagérés, si l'on n'avait pas à tenir compte des insurmontables difficultés auxquelles se heurta le grand empereur. Il nous suffira d'ailleurs de rechercher dans quel dessein Auguste conçut et fit voter les lois Papiennes pour comprendre quels étaient les vices originels qui en dominaient toute l'économie, et devaient leur mériter un jour le surnom de *damnatae leges*.

Auguste, maître de la république Romaine après la bataille d'Actium, ne tarda pas à mesurer la portée de l'œuvre immense qui lui incombait ; c'était un travail de réorganisation complète et de régénération absolue : la population libre était décimée par les luttes intestines ; la société, dépravée et corrompue par le luxe le plus raffiné. L'Italie entière, épuisée par soixante années de guerres civiles, manquait d'habitants. Les rivalités de César et Pompée avaient coûté la vie à 700.000 hommes. Quand la victoire de César eut mis un terme à des égorgements impies, un autre fléau s'abattit sur la société romaine, la proscription. 80.000 citoyens furent déportés dans les colonies militaires. De 450.000, les habitants de Rome se trouvèrent ainsi réduits à 150.000. Octave et Antoine n'immolèrent pas moins de citoyens à leurs ambitions. Vainqueurs à tour de rôle, ils marchèrent l'un et l'autre sur les traces de César sans prendre garde que leurs vengeances tarissaient les sources les plus pures

de la société. On vit des citées entières dépouillées de leurs territoires que les chefs de faction donnaient en proie à leurs partisans. L'agriculture n'avait de ressource que dans les bras des esclaves.

Il fallait donc repeupler le territoire et moraliser la société. Ces deux taches étaient intimement liées l'une à l'autre. Quand un légistaleur s'applique à encourager la procréation légitime, le succès de notre entreprise dépend nécessairement de la moralité des hommes auxquels il s'adresse ; mais, quand un peuple en est arrivé au point de corruption où se trouvait le peuple romain à la fin de la république, réussir à le moraliser est au-dessus des forces humaines. Telles furent la cause et l'excuse de l'échec d'Auguste. Ce prince, devait-il, désespérant du succès, renoncer à ses plans de réformes ? Non, c'eût été lui demander d'assister impassible à l'effrondement de la grandeur romaine. L'historien impartial, qui juge, au point de vue particulier des lois Papiennes, l'œuvre d'Auguste, doit résumer ainsi son appréciation ; il entreprit ce qu'il ne pouvait mener à bien, mais il devait l'entreprendre.

Dion Cassius nous a laissé un récit détaillé de la longue et pénible élaboration des lois *Julia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppæa*. En l'an 726 de Rome, c'est-à-dire 27 ans seulement avant Jésus-Christ, Auguste présenta aux sénateurs un projet de loi frappant le célibat de certaines déchéances. Cette proposition souleva de grandes rumeurs. Les sénateurs, qui se trouvaient, pour la plupart, atteints par le projet, prétendaient que, s'ils ne se mariaient pas, la faute en était aux femmes et à leurs mœurs déplorables ; et, comme Auguste leur répondait que c'était

aux maris d'entretenir chez leurs épouses des sentiments de pudeur et de modestie, ils lui demandèrent, non sans ironie, de leur faire part des austères conseils qu'il avait lui-même adressés à Livie, sa femme. L'empereur dut, à cet égard, leur exposer sa méthode personnelle, ce qui ne donna pas toutefois plus d'efficacité à ses exhortations.

Auguste ne se laissa pas rebuter par ce premier échec. Il revint plusieurs fois à la charge, et ce ne fut qu'après bien des tentatives infructueuses qu'il obtint de présenter son projet aux Comices. Comptant beaucoup sur la confiance et la timidité populaires, il recommanda vivement aux citoyens ses idées régénératrices, et s'efforça même, par son allure impérieuse, de les leur imposer. Vains efforts ! le peuple resta impassible et repoussa le projet.

Auguste comprit qu'il n'avait plus qu'une ressource, celle de modifier le texte primitif et d'atténuer certaines rigueurs. Un délai fut, en conséquence, imparti aux citoyens pour satisfaire aux exigences de la loi. Ce délai, fixé d'abord à trois ans, fut porté à cinq, et ce ne fut qu'en l'an 736 de Rome que les Comices votèrent la loi *Julia de maritandis ordinibus*. (1)

Vingt-six ans environ s'écoulèrent avant que l'em-

(1) Heineccius et Puchta placent en l'année 736 la première présentation de la loi *Julia* et en l'année 757 sa promulgation. Mais nous préférons avec Zimmern, Wenck, Waller, Schneider et Machelard, faire remonter le premier de ces faits à l'année 726 et le second à l'année 736 (V. Van Wetter, du Droit d'accroissement entre colégataires p. 158.)

pereur put compléter le système qu'il rêvait. (1) Il était déjà fort avancé en âge, il n'était plus que ce *senior Augustus* dont parle Tacite, quand la loi *Papia Poppæa* vint prononcer des peines contre l'*orbitas*. (2) Désormais le système était complet. Les deux lois furent même fondues ensemble, et formèrent un véritable code sous le titre de *leges novæ*, ou plus simplement de *leges*, car elles étaient considérées, selon le mot de M. Ortolan (3), comme les lois de prédominance. Quelquefois aussi, ainsi que nous le voyons dans les rubriques des divers commentaires, les deux plébiscites, alors confondus, étaient présentés comme une seule et même loi sous le nom de *Lex Julia et Papia Poppæa*.

Presque tous les jurisconsultes de l'époque classique ont fait de ce monument législatif le sujet de traités dont le Digeste nous a conservé de nombreux fragments. Au XVIII^e siècle, Heineccius recueillait tous ses débris, et les coordonnant avec soin, les complétant avec sagacité, s'efforçait de reconstituer l'œuvre primitive. (4) Aujourd'hui, grâce à la découverte des Institutes de Gaius, nous pouvons apprécier exactement le caractère de ces lois et surtout réduire à de

(1) C'est, en effet, l'année 762 qu'on assigne en général pour date à la dernière des lois caducaires. (Van Wetter, du Droit d'accroissement entre colégataires, p. 157)

(2) Dion Cassius, LIV, 16 ; LVI, 7. — Suétone, Octav. 34 ; — Properce II, 6.

(3) I. p. 294, n° 369.

(4) *Ad legem Juliam et Papiam Poppæam*.

justes proportions le reproche de fiscalité excessive qu'on leur a si longtemps adressé.

§ I. — *Des interdictions de mariage et des SPONSALIA.*

Nous avons dit que le but général des lois Papiennes était d'encourager au mariage, en le réhabilitant. Une double préoccupation présida à la rédaction de ces lois. L'idée de réhabilitation se traduit par le maintien et même par la création de certaines interdictions de mariage entre des classes déterminées, afin d'empêcher que des familles qui représentaient la gloire et la dignité de Rome ne compromissent l'honneur national par des unions avilissantes. L'autre préoccupation fit, au contraire, lever des empêchements analogues, mais qui donnaient au système des développements exagérés, en frappant de discrédit une partie considérable de la société romaine. Certes, il n'était pas sans difficulté ni péril de chercher et d'appliquer en cette matière une juste mesure.

Primitivement, le peuple romain était divisé en deux grandes classes dont la fusion était moralement impossible. L'orgueil des patriciens avait creusé un abîme entre eux et les plébéiens. La loi des XII tables, fidèle interprète de l'esprit du temps, établit l'illégalité des unions entre les deux castes. Cette interdiction ne fut abolie que par la loi Canuleia en l'an 310 de Rome. A côté de cette première prohibition, s'en trouvait une autre qui lui survécut, et qui, d'une portée non moins générale, visait les mariages des ingénus avec les affranchis.

Auguste, particulièrement appuyé par ces derniers,

ne pouvait conserver une interdiction qui impliquait pour ses plus puissants auxiliaires une réelle déconsidération. Il la supprima par la loi *Julia de maritandis ordinibus*. A un autre point de vue, on peut dire aussi que, puisqu'il frappait le célibat de déchéances fort graves, il devait équitablement faciliter le mariage, en laissant aux citoyens plus de liberté dans le choix de leurs conjoints.

Nous trouvons néanmoins dans la législation d'Auguste un souvenir très-notable de cette vieille prohibition (1). Le mariage demeura défendu entre les affranchis, d'une part, et, d'autre part, les sénateurs, leurs enfants des deux sexes au premier degré et leurs autres descendants *per masculos*. Les lois Papiennes avaient même tiré de cette disposition une bien rigoureuse conséquence : la nomination au sénat dissolvait le mariage qui n'aurait pu se contracter, si au moment de la célébration, le nouveau sénateur avait eu son titre. Par exemple, quand un citoyen entrait au sénat, le mariage de sa fille avec un *libertinus*, était annulé par le fait même (2). A cet égard, les affranchis étaient dans la même situation que les prostituées, les comédiens et comédiennes et leurs enfants au premier degré.

Auguste ne se borna pas à maintenir quelques-unes des anciennes prohibitions ; il en introduisit une nouvelle que la corruption sociale avait rendue nécessaire. Dans les premiers siècles de Rome, les ingénus avaient trop le respect de leur dignité pour s'unir à

(1) Accarias I, p. 174 n° 91.

(2) L. 28 C. De Nupt., V., 4.

des femmes qui, en raison de leur conduite ou de leur métier, étaient considérées comme infâmes. Mais, à l'époque d'Auguste, ce sentiment s'était tellement émoussé, que l'empereur crut devoir s'opposer législativement au mariage d'un ingénu avec une *lena*, avec l'affranchi d'un *leno* ou d'une *lena*, avec une comédienne, avec une femme prise en flagrant délit d'adultère, ou condamnée sur une accusation publique. Chose remarquable, cette injonction ne s'adressait pas aux femmes ingénues. Cela provient sans doute de ce qu'en fait, et par un phénomène généralement observé, la femme contracte moins facilement que l'homme un mariage qui la déconsidère (1). On s'est souvent demandé quelle était le sort des mariages contractés au mépris des interdictions précédentes : plusieurs auteurs ont pensé que la loi Julia et Papia Poppæa les privait simplement des avantages dont elle récompensait les unions légitimes. Nous croyons, au contraire, qu'elle les frappait d'une nullité radicale. Tout nous paraît appeler cette solution : les termes absolus de la loi, les desseins politiques d'Auguste et cette considération si décisive que plusieurs de ces prohibitions n'étaient que des vestiges ou des extensions d'anciennes dispositions qui entraînaient incontestablement la nullité même du mariage. (2)

Auguste alla-t-il, comme on l'a pensé longtemps, jusqu'à interdire le mariage aux hommes de soixante

(1) Accarias, t I, p. 175, note 1.

(2) Accarias, I. 176 n° 91. — *Contra Savigny, system. t. 2 app. VII, II p. 477* ; Demangeat I, p. 269.

ans et aux femmes de cinquante? C'eût été logique, car s'il s'appliquait à remettre en honneur les *justæ nuptiæ*, c'était avant tout pour accroître la population légitime. Or, en contractant des unions disproportionnées, ces personnes pouvaient engager dans des liens stériles, des individus aptes, en ce qui les concernait, à former des unions fécondes. Mais ici se présente une de ces inconséquences qui ne sont pas rares dans la législation d'Auguste. Le mariage demeura permis aux personnes de cet âge. Aujourd'hui le fait n'est plus contesté. (1)

Nous venons de voir Auguste réglementer les *justæ nuptiæ*; il s'occupa aussi des *sponsalia*, qui en étaient à Rome, le préliminaire ordinaire. Comme la loi *Julia de maritandis ordinibus* avait attaché aux fiançailles les mêmes prérogatives qu'au mariage, il s'ensuivit que beaucoup y trouvèrent un moyen d'échapper aux déchéances légales. On se fiançait à une toute jeune fille, puis on la répudiait avant qu'elle eût pu devenir mère ou même contracter mariage. Pour parer à cet inconvénient, Auguste décida que les peines caducaires ne seraient évitées que si l'union intervenait dans les deux années qui suivraient les fiançailles. Et, comme d'un autre côté, les filles ne pouvaient se marier qu'à l'âge de 12 ans, et les garçons, du moins dans l'opinion des Proculiens, qu'à celui de 14, il n'y eut plus, au point de vue des lois Papiennes, d'intérêt pour les filles à se fiancer, si elles n'avaient pas au moins 10 ans, ni pour les gar-

(1). Deux textes sont décisifs : Ulp. reg. tit. XVI, 2 et 3 et Suét. *Claude*, 23.

cons, par application de la théorie Proculienne, s'ils n'en avaient pas au moins 12. Il est évident qu'aux yeux des Sabiniens l'âge auquel les jeunes gens pouvaient utilement se fiancer devenait, comme la puberté elle-même, une question de fait. Cela n'empêchait pas d'ailleurs qu'on pût, à d'autres égards, tenir compte d'une promesse de mariage faite à une personne d'un âge moins avancé, par exemple, lorsque la violation d'une promesse de cette nature servait de base à une action en dommages-intérêts.

§ II. — *Du concubinatus.*

Un fait qui révèle d'une façon saisissante toute la dépravation sociale du commencement de l'empire, c'est l'apparition du *concubinatus*. Malgré le dessein bien arrêté qu'il avait de tenter énergiquement la régénération du peuple romain, Auguste dut faire cette concession aux mœurs de son temps. Les unions régulières étaient ordinairement délaissées pour des nœuds plus légers et plus éphémères. La fréquence des divorces elle-même et l'absence de toute formalité dans la rupture du lien conjugal, ne suffisaient pas pour faire supporter les *justæ nuptiæ*. Puis Auguste, ainsi que nous l'avons rappelé, s'efforçait de rendre au mariage son caractère primitif de dignité, en l'interdisant entre hommes ingénus et femmes de condition vile ou basse, et même entre sénateurs ou parents de sénateurs et affranchis. Or, à cette époque de dégradation morale, c'était précisément vers les femmes les moins pures que les hommes étaient le plus portés. Les antiques vertus d'une Lucrèce les eussent attirés beaucoup moins que la souillure d'une *mere-*

trix. C'était aussi logique que honteux. Extirper un mal aussi profondément enraciné, était au-dessus des forces humaines. Cette tâche et ce triomphe étaient réservés au christianisme. Ne pouvant détruire la chose, Auguste voulut du moins la régulariser par l'institution du concubinat.

On désignait par le mot de *concubinatus* une sorte d'union imparfaite, d'*inæquale conjugium*, de mariage morganatique, qui, cependant, malgré son caractère d'infériorité, constituait une *licita consuetudo*. On peut même dire qu'en principe il imitait le mariage. Il avait, comme lui, pour base la monogamie, et bien qu'il ne conférât pas les qualités de *vir* et d'*uxor*, il n'était pas accessible aux personnes entre lesquelles le droit naturel interdisait les *justæ nuptiæ*. Les enfants issus de ce commerce, n'étaient pas *spurii* ou *vulgo concepti*, ils étaient des *liberi naturales*, et, par conséquent, à l'égard de leur mère, dans la même situation juridique que des *liberi justi* ; mais, bien que leur père fût connu, ils ne prenaient pas son nom, n'entraient pas dans sa famille, et n'avaient pas sur ses biens un droit de succession. Le mari de leur mère pouvait, au contraire, les invoquer pour s'excuser d'une tutelle (1) ; ou encore pour échapper aux peines de l'*orbitas* et obtenir les *præmia patrum* (2) ; c'est même ce qui explique pourquoi le concubinat trouva place dans les lois caducaires : il constituait un adoucissement de ce premier projet des *leges* qui

(1) Frag. vatic. § 194.

(2) *Contra Accarias* I p. 895, note 2 et p. 200. (Note).

fut, nous l'avons vu, repoussé par le Sénat et par les Comices.

En partant de cette idée, on peut s'étonner que l'empereur n'ait pas rigoureusement restreint la faculté de vivre en concubinat aux personnes entre lesquelles les lois caducaires avaient, pour des considérations sociales, prohibé le *justum matrimonium*. Qu'il eût autorisé le concubinat entre les sénateurs, leurs enfants des deux sexes au premier degré, ou leurs autres descendants *per masculos* et les affranchis, voilà qui eût été rationnel. Nous comprendrions encore qu'il l'eût étendu aux ingénus en général par rapport aux femmes notées d'infamie. Mais n'était-ce pas manquer le but que de permettre aux ingénus et même aux sénateurs de former une pareille union avec des personnes de leur condition ? Le concubinat aurait dû suppléer à la possibilité de contracter le mariage de droit civil, et non se placer à côté de lui comme une institution rivale et plus commode. Le rang de concubine déconsidérait toujours, il est vrai, la femme ingénue et *honestæ*. On allait même jusqu'à présumer, quand elle ne manifestait pas de volonté contraire, que si elle ne donnait pas à son union le caractère de *justæ nuptiæ*, c'était pour vivre dans la débauche. Mais, pour se ménager la qualité de concubine, elle n'avait qu'à la prendre dans un acte formel ; encore est-il douteux que cela fût exigé dans le principe. Dans cette situation, bien des circonstances, par exemple et surtout la position de fille *indotata*, si désavantageuse dans ce temps de luxe effréné, décidait souvent la femme à accepter le concubinat, alors qu'elle eût reculé devant un *stuprum* avoué.

Il était donc facile de prévoir la destinée de cette institution, et il n'est pas étonnant qu'au temps de Léon le philosophe, elle se fût de nouveau confondue avec les unions illicites. « Pourquoi, disait ce prince, comparant le mariage au concubinat, pourquoi, tandis que vous pouvez boire à une source pure, aimez-vous mieux vous abreuver à un borbier. » (1)

Cette parole indique suffisamment tous les abus qui résultèrent du concubinat. Comme il n'était pas même nécessaire, pour le dissoudre, d'envoyer à son conjoint une lettre de répudiation, en réalité, l'innovation d'Auguste se résumait en une dénomination légale qui voilait et facilitait de honteux rapports. Au point de vue pratique, le concubinat n'engendrait pas de lien juridique. C'était un mot qui dispensait de rougir.

§ III. — *Du divorce.*

Ainsi qu'on l'a écrit, dans les idées Romaines, le divorce était un événement logique dont les mœurs pouvaient seules tempérer les excès (2). Cependant Auguste ne jugea pas inutile d'intervenir législativement et de renfermer dans certaines limites la faculté de divorcer : *Divortiis modum imposuit*, dit Suétone. Mais quel résultat satisfaisant pouvait-il espérer, s'il ouvrait les yeux sur sa propre conduite? N'avait-il pas lui-même profité de ce désordre moral pour enlever

(1) Ortolan, t. II, p. 102.

(2) Troplong, *De l'Influence du christianisme sur le Droit civil des Romains*, p. 202.

Livie à Tibérius Néron, son époux, bien qu'elle fût grosse de six mois? N'avait-il pas, à cette occasion, exploité la complaisance d'un mari qui consentait à se séparer de sa femme pour servir l'adultère de l'empereur? N'avait-il pas enfin, dans cette circonstance, cru faire assez pour la morale publique en soumettant *per ludibrium*, comme dit Tacite, ses prétendus scrupules à un collège de pontifes dont le concours lui était assuré (1). Les efforts d'un pareil réformateur étaient d'avance frappés de stérilité. Au surplus nous allons voir combien étaient faibles les obstacles qu'il opposa aux déportements des mœurs!

Aux termes de la loi *Julia de maritandis ordinibus*, l'affranchie mariée à son patron ou au fils de son patron, ne pouvait lui envoyer le *repudium* que sous peine de perdre sa dot et le droit de contracter *invito patrono* un autre mariage ou un autre concubinat. Mais il convient de rappeler que depuis le consulat d'Atéius Capiton, sous Auguste, le patron n'avait plus la faculté d'épouser son affranchie malgré elle, ce qui évidemment atténuait beaucoup la rigueur de la disposition précédente (2).

Par la loi *Julia de adulteriis* Auguste assigna au divorce certaines formes solennelles. La volonté de répudier dut désormais être exprimée devant sept citoyens Romains et pubères. Les motifs de cette exigence expliquent pourquoi elle fut insérée dans une loi pénale alors qu'elle semble se rattacher plutôt au

(1) Annal, lib. I, c. 10; lib. v. c. 1.

(2) Accarias, t. I, n° 59, p. 109.

droit civil. Sans doute, au point de vue de ce dernier droit, il était d'une grande utilité de fixer la date de la dissolution du mariage; car, pendant les dix-huit mois qui suivaient le divorce, la femme devait d'abord, puis pouvait s'abstenir de se remarier (1). Mais c'était surtout en matière pénale que cette précision était nécessaire. La loi *Julia de adulteriis* avait créé un privilège en vertu duquel la poursuite pour adultère n'était ouverte qu'au mari ou au père de la femme pendant les soixante jours qui suivaient le divorce. A l'expiration de ce délai le droit d'accusation pouvait être exercé par tout le monde. Cependant la femme n'était poursuivable que pendant quatre mois utiles à partir de cette époque, tandis que son complice l'était pendant cinq ans continus, mais à compter du jour du crime. De plus, pendant les soixante jours qui suivaient le divorce *non bona gratia*, la femme ne pouvait aliéner ni affranchir un esclave, car, en cas de répudiation, elle était présumée adultère, et on devait lui ôter le moyen de soustraire à la torture l'esclave qui pouvait déposer contre elle. Autant de motifs tirés de la législation pénale, et pour lesquels il importait beaucoup de préciser avec soin l'époque de la rupture du mariage.

Mais ces diverses considérations n'étaient pas de nature à se présenter dans le cas de divorce *bona gratia*; aussi ce genre de dissolution du mariage, incontestablement le plus immoral, ne fut-il jamais soumis à aucune formalité.

(1) Voir *infra*, page 32.

Là se bornent les réformes d'Auguste relativement au divorce. Leur impuissance est hautement attestée par les satires de Juvénal, les épigrammes de Martial et les amères pensées de Sénèque. « Ah ! s'écrie M. Trolong, l'entreprise de guérir une société si profondément gangrenée était trop au-dessus des forces d'un empereur épicurien. Les grands hommes du Portique eux-mêmes y échouèrent, eux qui inspirèrent le Droit jusqu'à Constantin. Mais il y avait au-dessus des lois et de la philosophie une puissance qui venait tendre la main à l'humanité dégradée. C'était le christianisme. En lui était la force qui régénère et le courage qui entreprend (1). »

§ IV. — *Des secondes noces.*

Les anciens romains, sans proscrire absolument les secondes noces, entouraient d'une considération toute spéciale les personnes, et surtout les femmes, qui restaient fidèles au souvenir d'une première affection conjugale. Un sentiment si délicat ne devait pas survivre aux mœurs primitives. A l'époque d'Auguste, il était à peu près effacé, et ne pouvait faire obstacle à la tendance si opposée de la nouvelle législation. En qualifiant de *cælebs* toute personne non actuellement mariée, et en assimilant par là, quant aux déchéances caducaires, le citoyen dont la première union avait été dissoute, à celui qui n'avait jamais été marié, Auguste ne tenait compte d'aucune différence morale

(1) Op. cit., p. 211.

entre les premières et les secondes noccs. Il songeait tellement, au contraire, à encourager les mariages successifs, qu'il restreignit d'une façon très-notable les *retentiones dotis* que le mari avait le droit d'exercer quand le divorce avait pour cause l'adultère de la femme. Jusqu'au règne d'Auguste, le mari pouvait, dans ce cas, garder la totalité de la dot ; mais la loi Papia disposa que la *retentio* ne serait plus que d'un sixième.

Toutefois, Auguste accordait à la femme un délai pour se remarier. Elle ne retombait sous le coup des déchéances que seize mois après le divorce, et que deux ans (1) après la mort de son mari. Les textes qui le révèlent, n'indiquent pas que l'homme eût le même avantage. D'où les auteurs concluent que les lois Papiennes le mettaient dans la nécessité de se remarier immédiatement pour échapper aux peines du célibat. En effet, disent-ils, le motif pour lequel on avait pris une décision moins rigoureuse à l'égard des femmes, ne pouvait être invoqué au profit des hommes. Ce raisonnement nous paraît impliquer une confusion. Il faut distinguer le délai pendant lequel les femmes étaient, *propter turbationem sanguinis*, dans l'impossibilité légale de se remarier, et le temps où il leur était loisible, mais non obligatoire, de demeurer en état de viduité. Pendant les dix premiers mois, et cette disposition est bien antérieure aux lois Papiennes, il leur était interdit de passer à un nouveau mariage. Puis, à l'expiration de ce délai, elles purent

(1) L'année romaine était de dix mois.

sous l'empire de la législation d'Auguste prolonger leur veuvage pendant six ou dix autres mois sans s'exposer aux déchéances caducaires. Cette dernière mesure n'était point dictée par la crainte de la *turbatio sanguinis* à laquelle on fait allusion dans le raisonnement que nous repoussons ; elle constituait une faveur, tandis que la première n'avait en aucune façon ce caractère. Que l'on conjecture que pour les hommes la période de six ou de dix mois commençait à la dissolution même du mariage, au lieu de ne commencer qu'après l'expiration de l'année romaine, comme pour les femmes, voilà qui est rationnel. Mais, nous ne pouvons conclure de l'insuffisance des textes à l'absence de tout délai de grâce au profit des hommes. Eux aussi, en cas de mort, pouvaient se montrer désireux de sauvegarder les convenances, et quelle que fût la fin de la vie commune, l'injonction de se remarier aussitôt, aurait comporté une certaine brutalité qui ne nous paraîtrait pas en harmonie avec les atténuations et les ménagements dont Auguste a rempli sa législation (1).

Nous venons de mentionner les dix mois de viduité obligatoires pour la femme. La violation de cette règle n'entraînait pas la nullité de la seconde union. La

(1) Van Wetter (du Droit d'accroissement entre colégataires, p. 163, note 1), enseigne l'opinion contraire. Il s'appuie sur cette considération que le mari avait la *faculté* de se remarier immédiatement, tandis que la femme *devait* attendre l'expiration des dix mois pour éviter la confusion de part. Mais, ainsi qu'il est dit au texte, en établissant cette différence le législateur s'était placé à un tout autre point de vue qu'en accordant la *vacatio*.

sanction consistait en ce que l'infamie était encourue par le nouveau mari, s'il était *sui juris*; par le père du mari, si celui-ci était *filiusfamilias*; par le père de la femme, si elle était *in patria potestate*. La loi *Julia de maritandis ordinibus* vint compléter ce système répressif en ajoutant que la même peine frapperait la femme si elle était *sui juris* (1).

§ V. — De la tutelle des femmes.

La fécondité portée à un plus haut degré qu'on ne l'exigeait, ainsi que nous le verrons bientôt, pour l'attribution des *præmia patrum*, et représentée, suivant les cas, par trois ou quatre enfants, devint, sous Auguste, une source de prérogatives connue sous le nom de *jus liberorum*.

Le même nombre d'enfants profitait sans doute aux pères, mais exclusivement quand ils occupaient une position politique; dans ce cas, en effet, il leur méritait des préséances ou les libérait de charges que nous n'avons pas à rappeler ici.

Au point de vue du droit civil privé, ce fut surtout la condition des femmes qui en reçut une sensible amélioration.

Un des corollaires les plus despotiques de l'ancienne conception de la famille était la tutelle qui pesait sur les femmes *sui juris* nubiles comme impubères, en vue de garantir les droits successifs de l'agnation. C'était une exigence exorbitante de l'antique consti-

(1) Demangeat, I, p. 277.

tution politique. En vain les jurisconsultes essayèrent-ils d'en dissimuler le caractère sous couleur de protection et de bienveillante sollicitude. Dans la plupart de ses conséquences et de ses applications, la tutelle des femmes trahissait son véritable but. Comme toutes les institutions de la loi positive qui méconnaissent complètement des principes de droit naturel, elle fut sans cesse battue en brèche par les mœurs, si bien qu'à la fin de la République, son avenir était déjà fortement compromis. On connaît la fameuse boutade de Cicéron à l'adresse des jurisconsultes : « *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt genera tutorum, quæ protestate mulierum continerentur.* » (1)

Sous le règne d'Auguste, cette remarque a bien plus encore de raison d'être. A l'avènement de l'empire les tutelles testamentaire, atilienne et judiciaire étaient réduites à l'état de simples formalités. Le tuteur refusait-il d'autoriser la femme ? le prêteur lui enjoignait d'y procéder sans même examiner la cause du refus. Les tutelles légitimes étaient elles-mêmes souvent éludées en pratique ; mais il fallait que les tuteurs s'y prêtassent en laissant la femme se mettre pour la forme sous la *manus* d'un tiers, afin d'échapper à leur surveillance et de passer sous le contrôle purement nominal d'un tuteur fiduciaire. Auguste alla beaucoup plus loin en accordant à la femme par la loi *Papia Poppæa* le moyen de s'affranchir de l'autorité des tuteurs, même contre leur gré, en donnant le jour à

(1). Cicér. Pro. Mur., c. XII. 27.

un certain nombre d'enfants. Il en fallait trois pour échapper à toutes les tutelles, sauf celle du patron et de ses descendants, et quatre pour échapper à cette dernière. Auguste obéissait ainsi à deux de ses préoccupations dominantes : l'affaiblissement de la famille aristocratique au profit de la concentration de la puissance publique et l'augmentation de la population.

C'est la maternité même, et non l'existence actuelle des enfants, qui était récompensée. Une femme *ter enixa*, c'est-à-dire qui avait trois fois accouché, ne fût-ce que d'enfants morts, jouissait du privilège. (1) Auguste s'écartait ainsi de ce que réclamait à la rigueur l'intérêt de l'Etat. Mais cette manière désintéressée d'honorer la maternité était bien plus élevée et bien plus morale. Malheureusement rien n'indique que les enfants légitimes fussent seuls comptés à la femme. Nous pensons même, par analogie de ce qui avait lieu dans l'acquisition par la Latine Junienne de la *civitas* au moyen du *triplex enixus*, que les enfants *vulgo concepti* étaient comme les autres pris en considération. La libération de la tutelle ne pouvait pas être plus difficile à obtenir que le bienfait autrement estimable du droit de cité.

Les successeurs d'Auguste le suivirent dans cette voie, et Claude, en enlevant aux agnats la tutelle des femmes, du moins de celles qui étaient pubères, ôta à l'institution sa seule raison d'être.

(1) Ortolan, *Explication historique des Institutes*, I, p. 295.

§ VI. — *Du système caducaire.*

La loi *Julia et Papia Poppæa* étudiée au point de vue spécial que nous allons envisager, reçut dans le langage des jurisconsultes le nom de *lex caducaria* (1). La création et la dévolution des *caduca* constituent à la fois le côté le plus original et le plus curieux des *leges novæ*. Priver à titre de peine, en totalité ou en partie, les *cœlibes*, les *orbi* et peut-être aussi les *patres solitarii*, et reporter à titre de récompense le montant des dispositions ainsi atteintes sur les *patres*, telle était l'économie générale de la célèbre théorie des caduques. De judicieuses distinctions étaient d'ailleurs ménagées dans la mesure des déchéances.

Quand l'empereur eut obtenu par le vote de deux lois séparées l'adoption intégrale du système caducaire, au bas de l'échelle, et absolument privés des avantages testamentaires, étaient les *cœlibes*; puis venaient les *orbi* qui ne perdaient que la moitié de la disposition; ensuite, du moins cela est probable, les *patres solitarii* (2), dont la condition au point de vue des *leges novæ* nous est absolument inconnue; au-dessus les *solidi capaces* qui recueillaient toute la libéralité dont ils étaient l'objet, mais qui n'avaient pas droit

(1) D'après Heineccius (L. III, c. I, § I, p. 359-360), la *lex caducaria* se confondait dans la loi *Julia*; d'après Machelard (p. 44) dans la loi *Papia*. Mais il est plus probable que ces deux lois concoururent à l'organisation complète du système caducaire.

(2) Accarias I, n. 373, p. 895, note I; Van Wetter, Du droit d'accroissement entre colégataires, p. 204; — Ortolan II, p. 490.

aux caduques ; enfin, les plus privilégiés, les *patres*, qui, outre ce qu'on leur avait laissé, bénéficiaient des *præmia*, à moins toutefois qu'ils n'y trouvassent obstacle dont la présence d'héritiers jouissant du *jus antiquum*.

La définition de ces diverses classes de personnes explique assez le motif de cette gradation.

Les *cælibes* étaient les individus des deux sexes qui n'étaient pas actuellement mariés en *justæ nuptiæ* et n'avaient pas d'enfants. Peu importait d'ailleurs qu'ils fussent veufs ou divorcés, ils n'en étaient pas moins qualifiés *cælibes*. Cependant le législateur accordait après l'arrivée de la puberté un délai de grâce, qui était probablement le même que pour l'*orbitas* (1), de sorte que les déchéances n'étaient encourues qu'à partir de 25 ans pour les hommes et de 20 ans pour les femmes.

La procréation légitime étant le véritable motif pour lequel les lois Papiennes poussaient au mariage, elles épargnaient aussi les hommes qui, au moment de la dissolution du lien conjugal avaient 60 ans révolus, et les femmes qui, à cette époque, en avaient au moins 50. Mais ici existait une lacune qui entraînait une anomalie. Tandis que le législateur reconnaissait que la nouvelle union qu'il imposerait à ces personnes, serait probablement inféconde, et, en conséquence, les dispensait de la contracter, les citoyens qui, à l'époque où ils atteignaient le même âge, étaient célibataires et, par suite, en faute, pouvaient, par un mariage, échapper à

(1) Ortolan II, n° 719 p. 490.

la sanction légale, malgré l'inutilité vraisemblable de cette union. Si donc le législateur n'imposait pas le mariage aux vieillards, il les y incitait néanmoins d'une façon indirecte en tolérant qu'ils évitassent grâce à lui les déchéances caducaires. Delà, pour les lois Papiennes, une cause de ridicule qui ne disparut que par l'effet du sénatus-consulte Pernicien. Enfin le législateur admettait qu'on pût échapper aux déchéances en satisfaisant à ses prescriptions dans les cent jours qui suivaient l'*apertura tabularum* ou l'événement de la condition. On entendait par *orbi* tous ceux qui, engagés dans de *justæ nuptiæ*, n'avaient pas d'enfants ou de petits-enfants légitimes, vivants ou au moins actuellement conçus. Il est évident qu'ils étaient moins que les précédents en désaccord avec le législateur. Ils pouvaient, eux aussi, se mettre en règle avec la loi en ayant un enfant dans les cent jours à partir du *dies cedens* ou de l'époque à laquelle l'addition devenait possible. Et même par une inadvertance singulière, Auguste avait laissé subsister un moyen facile d'éluder sa législation, en oubliant de disposer qu'il ne serait pas tenu compte des enfants adoptifs. (1) Le texte d'Ulpien qui mentionne les *patres solitarii*, est malheureusement incomplet. Mais on peut conjecturer que la loi désignait sous ce nom les personnes non mariées qui avaient des enfants d'une précédente union. (2) Il semble naturel en effet de les placer au-dessous des *orbi*, puisque, à la différence de ceux-ci,

(1) Tacite, *Annal.*, 15 § 19.

(2) *Accarias* I p. 895, note 1. — *Ortolan*, II, p. 490.

ils avaient, au moins à un moment donné, réalisé les deux conditions du mariage et de la procréation légitime. Si cette définition des *patres solitarii* est, ainsi que nous le croyons, exacte, ils devraient avoir comme les *cælibes* et les *orbi*, un délai de grâce de cent jours.

Les *solidi capaces* étaient des personnes exemptées, pour diverses raisons et notamment pour des considérations d'âge, des peines caducaires.

Enfin, avaient qualité de *patres*, les individus du sexe masculin mariés et actuellement pères ou dont la femme était en état de grossesse, ou encore qui avaient un petit-fils, mais *ex filio*. Ils recueillaient d'abord toutes les libéralités testamentaires qui, en vertu des principes que nous venons d'exposer, étaient frappées de défaillance. De plus, la loi leur concédait les dispositions qui échappaient aux Latins Juniens et tout ce qui, dans les libéralités que le testateur faisait à son conjoint, excédait par application de règles que nous exposerons bientôt, la quotité disponible entre époux. Pour augmenter encore les chances des *patres*, le droit de faire *adition* et le *dies cedens* des legs purs et simples ou à terme furent reculés jusqu'à *l'apertura tabularum*.

Toute disposition recueillie par les *patres* dans ces conditions recevait le nom de *caducum* parce qu'elle tombait, pour ainsi dire, des mains de son destinataire, *quasi ceciderit ab eo*. Si l'on prend le mot dans son sens technique et spécial, le *caducum* doit toujours son origine aux *novæ leges*.

Jaloux de multiplier les récompenses de la paternité, le législateur assimilait aux caduques proprement dits les libéralités qui, valables en principe,

manquaient leur effet par application du droit civil. Mais, au moins en théorie, on ne désignait ces derniers *præmia* que par le mot de *quasi-caduca*. Ils n'étaient qu'*in causa caduci*.

Cependant, *brevitatis causa*, il arrivait souvent aux jurisconsultes Romains, comme d'ailleurs il nous arrivera à nous-mêmes, d'employer simplement l'expression *caduca* dans l'exposé de règles s'appliquant aussi bien aux quasi-caducues.

La dévolution des *præmia patrum* présentait des particularités remarquables. Alors même qu'ils provinssent de legs qui n'avaient pu venir à effet, ils n'étaient attribués aux *patres* légataires, qu'à défaut de *patres* héritiers. D'ailleurs, il n'existait dans chacune de ces deux catégories aucune raison de préférence, si ce n'est, pour les héritiers, la *conjunctio* proprement dite, fondée sur l'identité de vocation, conformément au Droit civil; et pour le légataire, la *conjunctio* particulière, souvent simplement verbale et apparente, qu'avaient reconnue les lois Papiennes. Ce n'est point à dire qu'à partir de la mise en vigueur de ces lois, le droit primitif d'accroissement ne fut applicable entre colégataires, mais le cas ne pouvait se présenter que lorsqu'un ou plusieurs d'entre eux jouissaient du *jus antiquum*.

Ces nouvelles distinctions, spéciales à la *caducorum vindictio*, méritent quelques explications. D'après le Droit civil, les légataires n'étaient *conjuncti*, et ne bénéficiaient du *jus accrescendi*, que lorsqu'il savaient reçu sur une même chose, non pas des droits juxtaposés, mais bien un droit identique. Or, dans la constatation de ce fait, on s'appuyait sur la volonté du tes-

tateur telle que la fixait irrévocablement la formule de la disposition.

On tenait pour certain et incontestable que cette intention avait été d'introduire l'identité de vocation, quand, dans le legs d'une seule chose, n'existait pas d'indication de parts, les légataires eussent-ils d'ailleurs été nommés dans des phrases séparées. La nécessité de la *vocatio in solidum* excluait nécessairement la possibilité de la *conjunctio* dans les legs qui, vu leur formule, étaient essentiellement divisibles.

Dans le système des lois caducaires, il en est tout différemment : c'est la seule circonstance du rassemblement matériel des noms dans une même phrase qui est prise en considération pour l'attribution tout arbitraire des caduques. Leur *vindicatio* est conférée directement par la loi, qui cherche ici, dans la rédaction du testament, non la source d'un droit, mais la base d'un ordre artificiel de dévolution.

Paul, se plaçant au point de vue des lois caducaires, distingue trois sortes de *conjunctio*, suivant qu'elle se produit *re tantum*, *re et verbis* et *verbis tantum*. La première correspond à ce que le Droit civil appelait une disposition *in solidum* faite *disjunctim*, c'est-à-dire la nomination, dans des phrases séparées, de deux ou plusieurs légataires, mais n'engendrant au profit de tous qu'un droit unique. La deuxième à la *conjunctio* dans les dispositions faites *conjunctim*. Enfin, la troisième, la *conjunctio verbis tantum*, dépend de ce fait, indifférent aux yeux du Droit civil, que les légataires, appelés d'ailleurs à des parts distinctes, sont nommés dans une même phrase.

La *vindicatio caducorum* est la conséquence de ces

deux dernières conjonctions, de sorte que, à vrai dire, si elle est attachée à la *conjunctio re et verbis*, c'est uniquement à cause de ce dernier caractère. L'identité d'objet n'est ici d'aucun poids puisque le *jus caduca vindicandi* s'ouvrirait aussi bien en son absence.

Ces nouvelles règles n'excluaient pas absolument l'ancien droit d'accroissement qui continuait à s'appliquer d'abord, ainsi que nous l'avons déjà dit, quand des légataires jouissait du *jus antiquum*, et aussi quand il s'agissait de répartir le montant des dispositions qui étaient nulles en principe et, par suite, tenues *pro non scriptis*.

De ce que l'acquisition des caduques conférait un droit nouveau, tandis que l'accroissement rendait simplement la plénitude de son exercice à un droit temporairement entravé, il s'ensuivait que l'un était facultatif, sauf l'exécution des charges imposées au destinataire primitif, et l'autre forcé, mais *sine onere*.

Tel fut en substance le fameux système des déchéances caducaires. Malheureusement, les unions qu'il provoqua, blessaient encore plus la morale que ne l'avait jamais pu faire l'abstention même du mariage. Elles étaient contractées à la hâte, sans sympathie et sans réflexion. On y voyait un moyen de s'enrichir, et non le but moral et physique de l'existence de deux créatures humaines. Souvent même on s'en tenait à des unions simulées, et ces apparences suffisaient pour paralyser la loi. Seulement, lorsque ces expédients intervenaient pour éviter les peines de l'*orbitas*, ils entraînaient la rupture des précédents mariages, demeurés inféconds. De là une nouvelle impulsion donnée à

la fréquence des divorces (1). En réalité donc le résultat des lois Papiennes fut d'ajouter un élément de démoralisation aux causes déjà, si nombreuses, qui viciaient la pratique du mariage (2).

Du moment qu'elles constituaient uniquement une vexation gratuite et sans profit pour l'ordre social, ces lois étaient fatalement vouées à l'impopularité. Ce point est surtout mis en lumière par les nombreux moyens qu'on imagina pour les réduire à l'impuissance. Les juristes eux-mêmes, malgré les protestations et les tentations de répression que leur opposait Auguste, s'ingéniaient pour faciliter les fraudes à la loi (3). Ce qui prouve bien qu'ils étaient loin, comme nous l'avons dit plus haut, d'être les instruments dociles de la politique impériale: L'expédient le plus usité pour tourner les *damnatae leges*, était le fideicommis ; il suffisait même pour éluder toutes les déchéances contenues dans ces lois. Comme dans les premiers temps, ce mode de disposition n'avait ici rien d'illégal, le système caducaire n'était qu'un épouvantail dérisoire. Adrien espéra couper court à cet abus en interdisant, dans ce cas, l'emploi du fideicommiss. Mais le peuple ne fut pas si facilement réduit au respect des lois Papiennes. Plusieurs expédients lui restaient. D'autres s'y ajoutèrent. Ce qu'il y a de remarquable et de bien caractéristique, c'est qu'il fut toujours permis d'instituer quelqu'un héritier ou de le nommer

(1) Loi 30 de Rit. Nupt. 23, 2, texte de Gaius.

(2) Von Ihering, iv, p. 258.

(3) Id. iv, p. 259.

légataire sous la condition « *quum capere potuerit*. » Cette prétendue condition n'était qu'un biais pour prolonger indéfiniment le délai de grâce qui, légalement, n'aurait dû être que de cent jours. Aussi, Modestin fait-il observer que si l'on admit la validité de cette clause, ce fut par bienveillance (2). Sans aucun doute le jurisconsulte fait allusion à une tolérance nécessaire, car l'impopularité des lois Papiennes était si grande que les empereurs eussent été incapables de refuser cette concession.

Les auteurs romains, poètes et historiens, ont particulièrement flétri dans ces lois leur caractère de fiscalité. Il semble qu'on y eût saisi avidement l'occasion de dépouiller les héritiers et les légataires au profit du trésor du peuple. A leur origine, elles ne méritaient certainement pas ce reproche. L'*ærarium* était le dernier à recueillir les *caduca*, et le vœu manifeste du législateur était que le trésor public n'eût jamais l'occasion d'en profiter. Les *cælibes* et les *orbi* n'étaient privés que du *jus capiendi*, ils conservaient intacte la *factio testamenti*. Valablement institués ou choisis pour légataires, la durée du temps qu'ils avaient pour se mettre en règle avec la loi, échappait absolument à l'action du législateur, et pouvait être considérable. Bien plus, il leur était encore laissé, à partir de *l'apertura tabularum*, un délai de cent jours. Rappelons enfin que les ascendants et les descendants avaient jusqu'au troisième degré le bénéfice du *jus antiquum*. L'indignation traditionnelle ne

(1) Accarias, n° 376, p. 903.

s'expliquerait pas à cet égard si l'on ne pensait pas avec certains jurisconsultes (1), que Caracalla attribua tous les caduques au fisc ou trésor de l'empereur à l'exclusion des *patres*. Cette cause d'impopularité n'est donc pas imputable à Auguste dont l'habileté si connue suffirait d'ailleurs pour rendre l'opinion contraire absolument invraisemblable. Mais, combien d'autres défauts, inhérents à l'idée primordiale du système, contribuaient à perdre les *leges* dans l'opinion publique !

§ VII. — *Du système décimaire.*

De tout temps, dans la législation Romaine, les époux furent incapables de se faire l'un à l'autre des donations entre vifs, et il est évident que les motifs de cette interdiction se présentaient sous Auguste avec autant et même plus de force que jamais. Ne rendait-elle pas plus faciles les secondes nocces que l'empereur s'appliquait à encourager ?

Il en était autrement des libéralités testamentaires faites par un époux à son conjoint : au début de l'empire, elles n'avaient jamais encore reçu de restrictions légales, si ce n'est du mari à la femme par une conséquence de la prohibition générale de la loi Voconia.

(1) Notamment Ortolan qui discute très-savamment la question dans son t. 1, n° 411 et s. — Voir dans le sens contraire Van Wetter, du Droit d'accroissement entre colégataires, p. 263. — Rudorff et Keller, professent la même opinion qu'Ortolan, mais en y apportant un tempérament qui consiste en ce que les *patres* auraient recouvré leur privilège sous Macrin.

Cette loi avait défendu à tout citoyen de la première classe, c'est-à-dire possédant une fortune de cent mille as, soit d'instituer une femme héritière, soit même de lui laisser un legs supérieur à ce que l'héritier recueillerait en définitive. Dans ce dernier cas, la quotité disponible était donc variable, mais sans pouvoir jamais, par la force même des choses, excéder la moitié. (1) Auguste gradua le *jus capiendi* entre époux conformément à l'esprit général des lois Papiennes. Ce droit était plus ou moins considérable suivant que les époux avaient pour seul titre aux privilèges légaux leur mariage lui-même, ou qu'ils avaient en outre des enfants ; il variait aussi suivant que ces enfants étaient d'un précédent lit ou de l'union actuelle ; et, dans le premier cas, il croissait avec le nombre des enfants. Cette progression rappelle celle que nous avons déjà étudiée et aux divers degrés de laquelle figuraient successivement les *cœlibes*, les *orbi*, les *patres solitarii*, et les *patres*.

Par le seul fait du mariage, *matrimonii nomine*, les époux devenaient capables de se gratifier l'un l'autre de la dixième partie de leurs fortunes respectives (*decima*), plus de l'usufruit d'un tiers (2). Si l'on examine spécialement la faculté que l'homme avait de léguer à sa femme, on voit qu'elle était diminuée par le fait du mariage. Car, à l'époque où la personne, actuellement sa femme, ne lui était pas unie, il aurait

(1) Paul Gide, Etude sur la condit. priv. de la femme, p. 166, *texte* et note 2.

(2) Ulpien, Reg. tit. XV.

pu lui donner la moitié de son patrimoine : résultat singulier et contradictoire, mais seulement en apparence. Au fond, il n'était pas étonnant qu'on se mit en garde, pour les dispositions testamentaires, contre les dangers qui, entre époux, avaient fait complètement prohiber les donations entre vifs. Les blandices conjugales étaient sans contredit tout aussi susceptibles d'arracher au testateur des libéralités dont il ne pouvait personnellement éprouver aucun préjudice que de décider les conjoints à se dépouiller immédiatement. On ne saurait donc trouver étrange que les lois Papiennes, sans interdire au mari tout legs au profit de sa femme, n'aient pas voulu exposer à l'empire que celle-ci acquerrait si facilement dans l'intimité conjugale, l'entière quotité, qui pouvait, sans le même danger, demeurer disponible à l'égard des étrangers. Il ne paraît pas qu'avant Auguste on eût jamais élevé de critique contre l'impossibilité où se trouvait un homme de faire une donation entre vifs à son épouse, tandis qu'il en avait la faculté à l'égard des autres femmes. On ne voyait là aucune inconséquence, aucune contradiction. Or, la raison de la situation défavorable qui résultait pour la femme mariée de la combinaison des lois d'Auguste avec la loi Voconia, était précisément celle de cette antique prohibition. Mais l'opinion publique était trop prévenue contre la législation caducaire pour en raisonner les motifs et pour lui épargner les critiques même quand elle était en harmonie avec les lois antérieures.

Outre la quotité dont nous venons de parler, une personne mariée pouvait recueillir autant de dixièmes dans la succession de son conjoint qu'elle avait d'en-

fants d'une précédente union, actuellement vivants. Un enfant commun, mort après avoir été inscrit sur les registres publics, *post nominum diem amissus*, donnait aussi capacité de recevoir un nouveau dixième. Si les enfants communs, morts dans ces conditions, étaient au nombre de deux, ils procuraient chacun le même avantage. (1) S'ils s'élevaient à trois, ils donnaient la *libera testamenti factio*. On admettait même qu'un seul garçon commun suffisait pour cela, s'il avait 14 ans au moment de son décès, et une seule fille commune, si elle en avait douze. Deux enfants communs, si chacun d'eux était âgé d'au moins 3 ans lors de son décès, avaient le même effet. D'ailleurs tout enfant issu du mariage actuel et mort impubère, conférait à ses parents le *solidi capiendi jus inter virum et uxorem* pendant un an et six mois. (2) Dans ce temps de démoralisation absolue et de soif de jouissance, les règles qui précèdent durent coûter la vie à bien des enfants, que la loi et la cupidité, plutôt que le désir de se perpétuer, imposaient à leurs parents. (3) Cependant n'était-il pas équitable et sans danger de tenir compte aux époux de l'enfant commun décédé, pourvu qu'il eût, suivant son sexe, 12 ou 14 ans ? Le sentiment paternel, quelque affaibli qu'il fût sous le règne d'Auguste, avait eu, dans cette hypothèse, le temps de se faire jour même au milieu des plus mauvais penchants. Puis il est loin d'être aussi

(1) Ulpien, loc. cit.

(2) Id. Reg. XVI, 1.

(3) Von Ihering, Esprit du Droit Romain, t. IV, p. 259.

facile de faire périr une personne de cet âge qu'un tout jeune enfant. Le reproche n'est donc fondé qu'en partie.

Enfin, un seul enfant commun, mais actuellement vivant, procurait, sans distinction d'âge ni de sexe, la *libera testamenti factio*. (1) Par une exagération inconcevable de cette faveur toute particulière attachée à l'existence des enfants communs, le législateur avait décidé que la naissance d'un enfant dans les dix mois qui suivaient la mort du mari, serait aussi efficace que si elle s'était produite avant cette mort. (2) N'était-il pas cruellement ironique et vraiment révoltant que la femme, alors que pendant ces dix mois, son mari était censé survivre dans son cœur par le souvenir, pût puiser dans une infidélité à sa mémoire et dans une sorte d'adultère posthume, la capacité de recueillir tous les biens du défunt? Il va sans dire que la plupart du temps, lorsque le décès s'annonçait par des maladies, l'avarice prévoyante ne l'attendait pas pour consommer le crime et s'assurer la succession.

L'unité qui servait de base à la progression dont nous venons de parler, a fait nommer lois décimaires les dispositions des *leges novæ* qui l'établissaient. Ajoutons pour signaler une autre expression particulière à cette matière, que la condition ordinaire du *jus capiendi* entre époux étant la naissance ou l'existence d'enfants communs, le *jus liberorum*, spécia-

(1) Von Ihering, loc. cit.

(2) Ibid.

lement envisagé entre conjoints, prenait souvent le nom de *jus communium liberorum*. (1)

D'ailleurs, lorsque les époux n'avaient pas atteint l'âge de l'*orbitas*, on ne pouvait leur opposer les restrictions motivées par l'absence d'enfants.

L'avenir de ces mesures prohibitives était facile à prévoir du moment que l'empereur lui-même demanda au sénat d'accorder par faveur à Livie, qui, en fait, n'avait eu que deux enfants de son précédent mariage, le *jus trium liberorum*. (2) C'était ouvrir la porte aux exceptions, et, par suite, aux abus qui se multiplièrent sans cesse, et ne tardèrent pas à supprimer l'application des lois décimaires. Honorius et Théodose, en déclarant ces lois abrogées, ne firent guère qu'enregistrer, l'œuvre du temps et de la réprobation publique.

(1) Van Wetter, Du droit d'accroissement entre colégataires, p. 169.

(2) Suétone, Aug. 101.

CHAPITRE II.

De la dot et spécialement de la loi « Julia de fundo dotali. »



I. — On se ferait une idée bien fausse de l'importance qu'eut véritablement, en pratique, la loi *Julia de fundo dotali*, si l'on prétendait en juger par la comparaison de ses dispositions avec la législation antérieure. Ici, comme dans biens d'autres cas, l'œuvre d'Auguste se borna à consacrer par une loi des modifications accomplies dans les mœurs. Il profita des circonstances, il s'efforça de saisir et de fixer les dispositions de l'esprit public qui servaient sa politique ; mais, cet esprit, il se garda bien de le violenter en lui imposant des idées originales. Le mariage, même lorsque la femme était *in manu*, c'est-à-dire dans cette condition que si souvent, aujourd'hui, on représente, à la légère, comme un assujettissement misérable et dégradant, donnait également aux deux époux un droit effectif sur le patrimoine commun. Tout au moins, la femme, même après le mariage, considérait ses biens dotaux comme lui appartenant en propre. Telle était la réalité des choses, et, selon la remarque très-juste de Von Ihering : « Un mari qui aurait essayé de mettre en pratique la théorie légale de sa pro-

priété illimitée sur les choses dotales de sa femme, se serait créé une position des plus fausses. » (1)

Quels furent donc le rôle et l'utilité de la loi *Julia de fundo dotali* ? Le même auteur va répondre à cette question : « Par rapport aux immeubles dotaux, ajoute-t-il, la *lex Julia de fundo dotali*, érigea même en droit cette position de fait de la femme : elle exigea le consentement de la femme pour l'aliénation des immeubles. » (2) Ainsi, l'instinct général avait devancé le législateur et, dans tous les cas, lui avait préparé sa voie. L'œuvre d'Auguste ne fut donc rien] moins qu'une révolution, qu'un bouleversement.

La disposition législative, connue sous le nom de *lex Julia de fundo dotali*, ne formait pas, à elle seule, une loi distincte : ce n'était qu'un chapitre de la *lex Julia de adulteriis*, véritable Code des délits contre les mœurs (3). Paul l'affirme; au surplus, cela ressort de ce fait que beaucoup de fragments de Papinien et d'Ulpien qui figurent dans le Digeste, au titre *De fundo dotali*, sont extraits de commentaires que ces jurisconsultes avaient écrits sur la loi *Julia de adulteriis*. Au XVI^e siècle, le président Brisson, reconstituant ce monument législatif, croyait découvrir les traces de 29 chapitres différents, et en concluait que

(1) L'Esprit du Droit romain, t. II, p. 205.

(2) Loc. cit.

(3) Le titre complet de cette loi est *lex Julia de adulteriis coercendis*; Suétone la désigne encore sous le nom de *lex Julia de adulteriis et pudicitia*, ce qui provient de ce qu'elle punissait non-seulement l'adultère, mais encore tous les attentats contre les mœurs qualifiés d'une façon générale *stuprum*.

c'était le 29^e qui traitait du fond dotal. L'opinion contraire de Jacques Godefroi et de Gravina qui enseignaient que le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux avait été consacré par une disposition de la loi *Julia de maritandis ordinibus*, ne peut se soutenir en présence du démenti exprès de Paul et des textes auxquels nous avons fait allusion. Remarquons toutefois avec Hoffmann que la loi *Julia de adulteriis* se rattache en définitive d'une façon évidente à la loi *Julia de maritandis ordinibus*. Si elle ne se confond pas matériellement avec elle, du moins toutes deux font partie d'un même système, et concourent au même but. La loi *Julia de adulteriis* fut la réponse d'Auguste à l'objection qu'adressaient les sénateurs au projet de loi *De maritandis ordinibus*, lorsque, s'il faut en croire Dion Cassius, ils prétendaient que : *Jam vix ullæ inveniri possent pudicæ uxores* (1). L'empereur espéra désarmer les opposants par la perspective des salutaires effets que cette sanction pénale ne pouvait manquer d'avoir sur les mœurs des femmes.

C'est évidemment cette communauté de but et cet enchaînement des faits qui ont amené certains commentateurs à ne voir dans la loi *Julia de fundo dotali* qu'une disposition particulière de la loi *Julia de maritandis ordinibus* (2).

M. Demangeat a parfaitement dégagé de l'économie générale de la loi *Julia de adulteriis* l'esprit

(1) Voir ci-dessus, p.

(2) Demangeat, *de fundo dotali*, p. 18.

qui avait inspiré l'inaliénabilité du fonds dotal. Il suffit de feuilleter les historiens, les poètes et les moralistes contemporains d'Auguste, pour voir que, déjà de son temps, l'homme, en proie à un insatiable appétit de luxe et de bien-être, épousait plutôt la dot que la femme. Le mariage offrait en perspective à la jeune fille la dissipation de son bien. Par suite, si les hommes, comme le prétendirent les sénateurs, puisaient dans la crainte de l'adultère de leurs épouses une raison sérieuse de se renfermer dans le célibat, de leur côté les femmes, devant les dangers dont il menaçait leurs fortunes, ne se montraient guère portées au mariage. Il y avait nécessairement, dans l'esprit d'Auguste, corrélation entre ces deux idées. Il n'est donc pas aussi étonnant qu'il semble tout d'abord qu'une loi, pénale dans toutes ses autres dispositions, règle, par exception, ce point de droit civil. Il était même d'une sage politique et d'une équitable réciprocité de donner, par la même loi, satisfaction aux plaintes des deux sexes. (1)

Cette explication nous révèle le véritable motif de l'inaliénabilité du fonds dotal. Nous n'y verrons point une mesure de droit public, comme le font les auteurs qui invoquent en cette matière la maxime fameuse : « Interest reipublicæ mulieres dotes salvas habere » propter quas nubere possent. » (2) Dans ce texte, Paul parle de la dot en général, et non pas seulement des immeubles dotaux. Il se référait donc plutôt à ce

(1) Ibid., loc. cit.

(2) Loi 2, *De jure dotium*.

privilegium inter personales actiones qui garantissait la répétition de la dot. (1)

Si nous mesurons la portée réelle de la loi *Julia de fundo dotali*, notre opinion en acquiert une force nouvelle. Cette loi ne s'appliquait qu'aux immeubles Italiques constitués en dot sans estimation, ou avec estimation, mais seulement *taxationis causa*. De plus, elle ne visait que les aliénations faites *invita muliere*. Si Auguste l'avait considérée comme une loi d'intérêt public, il serait étrange qu'il eût autorisé la femme à en empêcher l'application, soit d'une façon générale et par anticipation, en laissant estimer ses immeubles au moment du mariage, soit au fur et à mesure, en autorisant, dans la suite, chaque aliénation d'immeuble. Auguste avait compris, l'aussi bien que le législateur moderne, qu'une volonté particulière ne doit pas pouvoir entraver des mesures d'ordre public.

On a longtemps enseigné que la loi *Julia de fundo dotali* interdisait au mari non-seulement d'aliéner la dot immobilière sans le consentement de la femme, mais encore de l'hypothéquer même avec ce consentement, la loi 4 au Dig. *De fundo dotali* ne mentionnant pas uniquement l'*alienatio* du fonds dotal, mais aussi son *obligatio*. Justinien, d'ailleurs, dit expressément que la loi *Julia* interdit l'hypothèque du *prædium dotale*. (2) Cujas et, depuis lui, la plupart des interprètes n'ont élevé aucune objection contre cette

(1) Conf. Pomponius, loi 1, Sol. matr. — Demangeat op. cit. p. 62.

(2) L. 15 Code, *De rei uxoriæ actione*. — Inst. quib. alien. lic. vel non, proæ.

affirmation. La différence entre *l'obligatio* et *l'alienatio* du fonds dotal au point de vue de l'autorisation de la femme, provient, disait Cujas, de ce que celle-ci se laisse plus facilement entraîner dans un acte qui ne lui fait pas perdre, du moins d'une façon immédiate et certaine, la propriété des immeubles dotaux. Théophile faisait aussi remarquer que, dans l'aliénation, contrairement à ce qui se produit dans l'autre cas, la femme reçoit un équivalent des biens dont elle se dépouille.

Mais M. Demangeat s'est refusé avec beaucoup de raison à admettre que la loi *Julia de fundo dotali* eût visé le cas de l'hypothèque, et cela pour le motif bien déterminant que l'opinion des anciens auteurs renferme un véritable anachronisme. L'hypothèque n'était pas pratiquée à Rome, du temps d'Auguste. La garantie réelle qui en tenait lieu était l'aliénation avec clause de fiducie. Bien plus ! quand Gaius écrivait le texte qui est devenu la loi 4 du titre *De fundo dotali* le peuple Romain n'en était encore qu'au *pignus*. (1) Aussi n'hésitons-nous pas à conclure avec M. Demangeat que ce texte a subi une interpolation. (2)

Nous avons dit qu'Auguste profita, dans sa réforme législative, de cette disposition de l'esprit public qui se refusait à considérer la femme comme sans droit sur le patrimoine commun, ou, tout au moins, sur sa dot. Néanmoins, il sentit bien que l'heure n'était pas

(1) Gaius loi 15 D., *De dote prælegata*. — Id. C. II §63. — Paul, Sent. II, t. 21 B. 32.

(2) Op. cit. p. 215.

encore venue d'enlever au mari son titre de *dominus dotis*. C'eût été constater solennellement, dans un document public, la ruine de l'antique *familia*, et l'on sait combien les Romains tenaient à leurs vieilles institutions, même lorsque leurs mœurs les condamnaient le plus hautement. Le mari, ainsi que l'a victorieusement démontré Savigny, conserva donc juridiquement la propriété de la dot (1). mais l'exercice de ce droit fut désormais entravé par l'inaliénabilité du fonds dotal. Cela découle aussi de ce fait que c'était directement au mari, et à lui seul, qu'était adressé la défense d'aliéner, c'est-à-dire d'accomplir un acte qui impliquait nécessairement le *dominium* (2).

Cette distinction est, au moins en théorie, vraiment essentielle; car c'est elle qui nous explique pourquoi la femme n'avait, pour recouvrer ses immeubles dotaux, qu'une action personnelle. Son droit n'était qu'une simple créance, mais dont l'efficacité était assurée par l'inaliénabilité (3), et qui même, grâce à elle, s'exerçait sur la chose due d'une façon aussi certaine et aussi immédiate qu'un droit réel sur l'objet de la propriété.

II. — Rappelons encore que pour déjouer des combinaisons frauduleuses où l'intérêt de la femme était toujours sacrifié, Auguste décida, par la loi Papia,

(1) *System*, t. vi, p. 486.

(2) P. Gide, Du caractère de la dot en Droit romain. *Rev. légis. anc. et mod., franç. et étr.* année 1872, p. 166.

(3) P. Gide, *loc. cit.*

qu'elle ne pourrait libérer son mari en acceptant la restitution de sa dot pendant le mariage (1).

III. — Après avoir soustrait la dot aux dilapidations du mari, il fallait, pour organiser une protection sérieuse, la défendre des faiblesses de la femme elle-même. Auguste, suivi en cela par Claude, rendit certains édits, dont nous ignorons d'ailleurs la date, aux termes desquels la femme ne pouvait *intercedere pro viro*. En réalité, c'était continuer à se mettre en garde contre les entreprises du mari dont l'ascendant aurait souvent pu entraîner la femme dans des affaires périlleuses; contrairement à une opinion assez généralement reçue, nous ne verrons pas dans cette disposition le germe du sénatus-consulte Velleien. Bien loin de procéder, comme les édits d'Auguste et de Claude, d'une pensée favorable à la femme, ce fameux sénatus-consulte, ainsi que le prouve le motif même invoqué par le Sénat, reposait sur une idée de défiance et sur le principe qu'il importait à l'État d'écarter les femmes des fonctions viriles. Ce qui est vrai, c'est que ces édits furent absorbés par la mesure générale, et perdirent ainsi beaucoup de leur caractère primitif. Désormais, en les appliquant, les interprètes durent, comme pour l'ensemble du sénatus-consulte, s'inspirer avant tout du vieux principe que nous venons de rapporter (2).

IV. — Il ne suffisait pas, pour multiplier et faciliter

(1) Pellat, *Textes sur la Dot.*, p. 346.

(2) P. Gide, *Op. cit.*, p. 173.

les mariages, de garantir la dot de la femme. La position de fille *indotata* était déjà, comme nous l'avons indiqué plus haut, un grave obstacle au mariage. Pour remédier, autant qu'il lui était possible, à cette situation, Auguste jugea nécessaire d'inscrire dans une loi l'obligation pour le père de doter sa fille et même de lui chercher un époux dès qu'elle aurait l'âge de se marier (1). Cette immixtion du législateur dans les rapports si délicats de père à enfant ne va pas, il est vrai, sans une certaine brutalité, bien faite pour les dépouiller de leur caractère naturel. Mais la disposition d'Auguste trouvait son excuse dans le fait qu'à son époque le dévouement paternel, comme tant d'autres nobles sentiments, était contrebalancé par un immense égoïsme.

La nécessité pour les femmes de se constituer une dot avait encore fait décider, dans la loi *Julia de maritandis ordinibus*, que lorsqu'elles seraient sous la tutelle légitime d'un *furiosus* ou d'un *mutus*, elles pourraient, tout en restant d'une manière générale dans la même situation, se faire nommer par le magistrat un tuteur spécial *dotis constituendæ gratia*. Il en était de même pour les affranchies qui passaient à la mort de leur patron sous la tutelle d'un impubère (2).

(1) P. Gide, *Étude sur la Condition civile de la femme*, p. 150.

(2) Demangeat, Cours élém. de Dr. rom., I, p. 370.

CHAPITRE III.

Des lois d'Auguste sur les affranchissements.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES. — Les modifications apportées par Auguste à la législation des affranchissements nous fourniront une nouvelle preuve des difficultés immenses que rencontra cet empereur dans son œuvre de reconstitution sociale. Il serait inexact de dire, comme l'ont fait ses détracteurs, qu'il trouva les affranchissements trop nombreux et en poursuivit la diminution. Les restreindre sans motif eût été une grande faute économique. L'esclavage était le fléau de la société Romaine. C'était lui qui rendait possible l'inégale répartition de la propriété foncière. Sa suppression eût entraîné nécessairement le morcellement des *latifundia*. Avec lui aurait encore péri cette terrible concurrence qui tuait le travail de l'homme libre. Sa disparition aurait créé le salaire (1).

Il ne serait pas moins inexact de prétendre qu'Auguste conçut et élaborait en cette matière un système

(1) Von Ihering, op. cit. II, p. 231 et suiv. — Plinius parle d'un Romain qui, bien que sa fortune eût été diminuée par la guerre civile, laissa en mourant 4100 esclaves. Hist. nat. 33, 10.

homogène, inspiré par une pensée unique. Des abus divers l'obligèrent à employer des remèdes opposés et souvent contradictoires. L'institution des *dedititii* procède d'une sage circonspection et d'une juste sévérité. Celle des *Latini juniani*, d'une pensée toute différente, d'une pensée d'humanité. La première de ces institutions constitue une restriction à la liberté d'affranchir, la seconde une extension. Il faut seulement reconnaître que le mobile médiat ou immédiat qui poussait l'empereur, que l'idée générale qui présidait à ses résolutions, était toujours l'intérêt de l'État. Ce fut, en effet, cette considération qui fit éloigner soigneusement de la capitale de l'empire, du centre du gouvernement et de tous les intérêts publics, la classe compromise et dangereuse des déditices. Ici le bien de l'État nous apparaît évidemment comme le but direct de la mesure. Mais, en établissant les *Latins Juniens*, ce fut à la même sollicitude qu'obéit l'empereur. En assurant la liberté d'hommes qui jusque là n'avaient été qu'*in libertate*, il voulait ranimer le vieux corps social, en lui assimilant des forces nouvelles. On peut caractériser l'ensemble de ce système d'affranchissements en disant qu'il facilitait l'acquisition du droit de cité à ceux qui le méritaient, et le refusait au contraire à ceux qui, vraisemblablement, en eussent fait un usage nuisible à l'État.

Quoiqu'il en soit, les restrictions apportées par Auguste à la faculté d'affranchir diminuèrent la portée et la splendeur de la puissance dominicale. En effet, c'était moins par l'abaissement où elle pouvait maintenir ses subordonnés que par la faculté d'en faire des

citoyens romains que cette puissance se manifestait de la façon la plus saisissante (1).

Examinons successivement les trois fameuses lois par lesquelles Auguste révisa cette matière.

§ I. — *De la loi Junia Norbana.*

C'est d'abord la loi *Junia Norbana*, loi favorable aux affranchissements. Sans entrer dans les détails de la controverse relative à sa date, disons avec M. Pellat que les commentaires de Gaius nous paraissent dissiper tout doute à cet égard, et démontrer suffisamment que cette loi fut votée sous Auguste (2). Par suite des événements qu'il avait traversés, ce prince était naturellement disposé à favoriser les manumissions. Longtemps considérés comme indignes de participer au service militaire, les affranchis, à la faveur des dernières guerres civiles, avaient pu montrer que la servitude n'excluait pas le courage. Les prétendants n'avaient pas hésité à libérer des esclaves pour grossir leurs légions, et Auguste qui les avaient si utilement employés au service de sa cause, savait bien qu'ils pouvaient fournir d'excellents soldats. Il s'empessa d'autant plus à annexer ce contingent aux armées Romaines, qu'au besoin il aurait pu,

(1) Von Ihering, *op. cit.* II, p. 163.

(2) Précis d'un cours sur l'ensemble du Droit privé des Romains, par Marezoll, traduc. Pellat, page 57 note 1 du traducteur. — Dans le même sens, Du Caurroy, 8^e édit., I, p. 57, Accarias, II, p. 113, note 1. — *Contra* Maynz, III, p. 131, note 32.

pour ses intérêts personnels, compter sur l'appui d'hommes qui lui devaient leur fortune et leur liberté.

Il continuait par là, comme empereur, la politique qu'il avait suivie comme prétendant, et à laquelle devaient rester fidèles ses successeurs.

Ce n'était pas d'ailleurs sur les champs de batailles seulement que les affranchis s'étaient élevés à la hauteur des autres citoyens; c'était encore dans le grand mouvement intellectuel qui se manifesta dès le début du règne d'Auguste. La poésie et la philosophie en comptaient plusieurs parmi leurs plus illustres représentants.

Au surplus, la loi *Junia Norbana* ne renfermait en réalité que la consécration d'un état de choses introduit par la sagesse du préteur. A côté des modes solennels d'affranchissements, des manumissions *vindicta*, *censu* et *testamento*, fonctionnait un mode non solennel, purement privé, la manumission *inter amicos*, simple déclaration faite devant témoins, par laquelle on annonçait qu'on libérait un esclave. Dans la rigueur du vieux Droit civil, cet engagement était sans valeur juridique; il servait simplement de point de départ à une tolérance généreuse. Sans doute, le maître pouvait, de son autorité privée, laisser l'esclave dans une liberté de fait, mais il ne pouvait pas, sans l'aveu des comices, l'introduire juridiquement dans la cité. Rome avait une trop haute idée de ses destinées pour les abandonner aux caprices ou à l'inexpérience des particuliers. Or rien ne garantissait suffisamment qu'un esclave affranchi par un mode non solennel fût digne de la liberté. Il ne pouvait donc s'en prévaloir

juridiquement, c'est-à-dire aux yeux de la puissance publique.

Notons, à cet égard, une particularité curieuse pour le cas où l'empereur affranchissait un de ses esclaves. Auguste, jugeant que le magistrat devait être supérieur au maître pour donner à l'acte de celui-ci une sanction juridiquement efficace, et d'un autre côté, posant en principe qu'il ne saurait exister de magistrat supérieur à l'empereur, s'était attribué la faculté d'affranchir en prononçant simplement les mots de la formule. Ses successeurs maintinrent cet usage *ex lege Augusti*, dit Paul (1).

Il ne pouvait donc se faire qu'un esclave, affranchi par l'empereur ne fût qu'*in libertate* pour n'avoir pas été affranchi par un mode solennel.

Dès que les mœurs primitives se furent altérées, la concession d'une simple liberté de fait, faveur essentiellement révocable, s'offrit aux propriétaires d'esclaves comme un expédient commode, et devint bientôt d'un usage fréquent. Certes, les Romains des premiers siècles n'eussent pas été aussi ingénieux ! Ils pouvaient refuser la liberté à leurs esclaves, mais ne se réservaient pas le droit de la retirer à leurs affranchis. Rappeler un homme à la servitude, est autrement cruel que de l'y maintenir. Cette réserve barbare concorde avec l'affaiblissement des sentiments d'humanité que, dans les âges primitifs, on témoignait aux esclaves (2). Alors est prévu dans les affranchisse-

(1) Dig., loi 14, § 1, XV, I, *De manumissionibus*.

(2) Von Ihering, vol. II, p. 167.

ments le regret que pourra inspirer un jour chez l'avare une velléité généreuse ! Voilà bien ce qu'indique Tacite par ces mots : *Pœnitentiæ aut beneficio locus*. C'est, en effet, l'alternative de compléter la libéralité si l'humanité triomphe, ou au contraire, de ressaisir un élément de richesse si l'avarice a le dessus.

Quant au désespoir du malheureux qui verra ses espérances, ses projets brisés avec sa liberté, n'importe ! A cette époque, le propriétaire Romain compte ses esclaves par troupeaux ; il ne peut plus les désigner chacun par son nom ; d'ailleurs, il ne les dirige plus lui-même dans les travaux de l'agriculture ; ne les voyant plus d'aussi près, il n'est pas, comme autrefois, contraint par l'évidence à épargner l'humanité dans ces choses animées. Par un bizarre désaccord des faits avec le droit, ce n'est point lorsque le législateur prend de plus en plus la défense des esclaves que leur sort s'améliore ; c'est alors, au contraire, que leur condition devient plus pitoyable. Pour apprécier sainement les transformations successives de l'esclavage, il faut, comme le demande Von Ihering, se référer : « non pas au point de vue tout à fait subsidiaire de la manière dont la législation a réglé cette institution, mais au caractère que celle-ci a revêtu *dans la vie* aux diverses époques de son existence » (1).

Tout autre fut la destinée des fils de famille, et l'on peut, croyons-nous, signaler ici un étrange contraste ;

(1) Loc. cit.

c'est précisément, du moins en grande partie, l'amélioration du sort des fils de famille qui entraîna en fait l'aggravation de celui des esclaves. Cela s'explique par les modifications apportées à la *familia* primitive. Habitué à confondre dans l'exercice d'une autorité souveraine, à effacer également devant sa personnalité absorbante, les uns et les autres, le père de famille étendait à ses esclaves les confus sentiments d'affection que, malgré tout, lui inspiraient ses enfants. Aussi, lorsque l'autonomie du *filiusfamilias* se dégagait peu à peu de cet absolutisme domestique, l'esclave ne fit que perdre au progrès de la distinction. L'ancienne communauté d'existence élevait l'esclave autant qu'elle abaissait le fils de famille. Il est évident, en effet, que la condition servile dut paraître beaucoup moins méprisante tant qu'ils étaient à peu près l'un et l'autre au même niveau dans la masse des subordonnés.

Pendant l'état de *servus in libertate* pouvait aussi se produire sans qu'on pût l'attribuer à l'avarice du *manumissor*. La liberté de fait était la seule que le maître pût donner quand il n'avait l'esclave qu'*in bonis*, et qu'il ne pouvait, dans la manumission, obtenir le concours du citoyen qui avait sur l'affranchi le *dominium ex jure quiritium*.

Mais à côté de ces rigoureuses applications du principe du Droit civil, s'était manifestée l'influence du prêteur. L'humanité avait indirectement triomphé, et s'il plaisait au maître de revenir sur sa généreuse décision, et d'invoquer sa propre incapacité, l'intervention de ce magistrat maintenait l'esclave en liberté. Toutefois, il suffit de se rappeler la discrétion systé-

matique avec laquelle se produisait toujours cette intervention, pour comprendre qu'elle ne prétendait pas effacer toute trace d'esclavage légal. Elle n'osa même pas consacrer par une qualification la condition qu'elle faisait à l'affranchi. Aussi, à la mort du *serous in libertate*, quelque protégé qu'il eût été par le prêteur, le maître recueillait ses biens *jure peculii* et non *jure successionis*.

Néanmoins, au point de vue pratique, un progrès notable était déjà accompli : la position des esclaves affranchis *inter amicos* ne dépendait plus du caprice de leurs maîtres : Auguste put donc lui donner force légale sans rompre brusquement avec les idées anciennes : la transition avait été ménagée.

D'ailleurs, même sous l'empire de la loi *Junia Norbana*, l'esclave affranchi sans solennité n'acquerrait pas la *civitas*. Il était dans une position inférieure et n'avait que le titre de latin junien, le mot *junien* rappelant la loi qui avait régularisé son état, et celui de *latin* provenant des grandes analogies qui existait entre sa condition et celle du latin coloniaire. De cette assimilation partielle découlait naturellement cette conséquence que le latin junien était complètement exclu des droits politiques et, par conséquent, du *jus suffragii* et du *jus honorum*. Il en résultait encore que le latin junien n'avait pas le *connubium cum civibus romanis*. Au point de vue du *jus privatum*, il avait, pendant sa vie, la même capacité que les citoyens, sauf les exceptions formellement écrites dans la loi. Ainsi, tout en jouissant en principe du *jus commercii*, il était privé de certaines conséquences naturelles de ce droit : tandis qu'il pourrait acquérir ou transmettre

la propriété quiritaire, vendre ou acheter des choses *mancipi*, employer les modes d'acquisitions essentiellement romains, l'*in jure cessio* et la *mancipatio*, il n'avait pas la plénitude de la *factio testamenti* ; pour lui, elle se bornait à pouvoir figurer dans le testament d'autrui en qualité de *libripens*, de *testis* ou d'*emtor familiae*. Mais il n'avait capacité ni pour tester sur ses propres biens, ni pour être nommé tuteur testamentaire, bien qu'il fût en général apte aux tutelles ; ni pour *capere ex testamento*, quoiqu'il fût admis à *capere ex fideicommisso*. Mais la privation de recueillir l'héritage n'entraînait pas la nullité de l'institution ; remarquons, à ce propos, que c'est par la loi *Junia Norbana* qu'Auguste distingua pour la première fois le *jus capiendi ex testamento* de la simple *factio testamenti* passive. Nous verrons que plus tard il tira de cette disposition de la loi *Junia Norbana*, une source de *caduca*, et qu'il fit de nouvelles applications de sa distinction dans les lois Papiennes. La loi *Junia Norbana* a ainsi un point de contact avec le plus célèbre monument de la législation d'Auguste ; aussi s'explique-t-on que certains historiens l'aient désignée cumulativement avec la loi *Julia et Papia Poppæa* sous le nom de *leges novæ*. La particularité la plus remarquable et la plus caractéristique de la latinité junienne était que les affranchis latins *ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*. Ce qui a fait dire à Justinien que leur liberté était *quasi ex satyram inducta*.

Cependant, par des moyens dont nous dirons plus loin quelques mots, les latins juniens pouvaient devenir citoyens et recueillir ainsi le bénéfice d'une ins-

titution d'héritier, pourvu que la *civitas* leur fût acquise avant la mort du testateur ou, au plus tard, dans le délai de la crétion.

§ II — De la loi *Ælia Sentia*.

La deuxième loi qui se présente à nous dans l'ordre chronologique est la loi *Ælia Sentia*, qui, d'après Heineccius ne renfermait pas moins de 15 dispositions différentes. Elle ne nous est parvenue qu'en partie, mais on peut conjecturer, en effet, en voyant combien elle préoccupe les jurisconsultes contemporains, qu'elle traitait de nombreuses questions.

Nous devons tout d'abord noter un point qu'il importe de rapprocher de la loi précédente, et qui montre combien Auguste, dans sa réforme législative, était sollicité en sens divers. La loi *Ælia Sentia* institue une nouvelle classe de latins juniens ; néanmoins elle est en cela, comme dans toutes ses autres dispositions, une loi restrictive. Ces nouveaux latins sont, en effet, des affranchis dont elle aggrave la situation, Jusqu'à elle, l'âge de l'esclave n'était pas pris en considération dans la manumission, mais elle décida que l'affranchi mineur de 30 ans ne deviendrait pas citoyen, et aurait simplement la position civile régularisée par la loi *Junia Norbana*. Cette innovation peut se justifier par le motif qu'elle excluait de la cité des esclaves trop jeunes pour que leur moralité fût éprouvée, et qu'ils fussent en état de se suffire à eux-mêmes. Ce fut là une des barrières qu'Auguste opposa au flot menaçant des déclassés.

Ainsi une institution qui, dans son principe, s'ins-

paraît d'une idée favorable aux esclaves, acquit par son extension un caractère opposé. Ce fut sans doute pour atténuer ce que procéda avait de rigoureux et d'illogique, que la loi *Ælia Sentia* permit aux affranchis que frappait cette disposition, de devenir citoyens par la *causæ probatio*. On désignait ainsi la procédure que devait suivre le latin pour prouver, en présence de sept témoins Romains et pubères, qu'il s'était marié *liberorum quærendorum causâ*, et qu'il avait, à l'heure où il sollicitait la *civitas*, un enfant *anniculus*. Chose remarquable ! la possibilité d'obtenir ainsi le droit de cité ne fut d'abord accordée qu'à l'affranchi qui, avant la loi *Ælia Sentia*, fût devenu citoyen par le fait seul de la manumission. C'était donc le palliatif d'une mesure restrictive : tant il est vrai qu'en homme prudent et rusé, Auguste plaçait toujours l'atténuation à côté de la rigueur ! D'ailleurs la *causæ probatio* rendait citoyens non seulement le Latin Junien mais encore, s'ils ne l'étaient pas déjà, sa femme et ses enfants. Cependant l'affranchie Latine ne pouvait invoquer directement le bénéfice de cette procédure ; l'avantage que la loi accordait à son mari, rejaillissait sur elle, dans le cas où il s'en prévalait ; mais s'il négligeait de le faire, ou encore si, en sa qualité de citoyen, il n'y avait pas d'intérêt personnel, la femme ne pouvait prendre l'initiative d'une *causæ probatio*. Elle trouvait toutefois, selon la remarque de M. de Wangerow, une compensation dans le *triplex enixus* ou faculté d'arriver à la *civitas* par trois accouchements, eussent-ils été d'enfants *vulgo concepti*. Plus tard, à une date que les textes ne nous permettent pas de déterminer, la faveur de la

causæ probatio et du *triplex enixus* fut étendue aux *Latiini ex lege Junia*.

D'autres moyens de parvenir à la *civitas* furent encore ouverts à ces affranchis ; mais la plupart sont l'œuvre des successeurs d'Auguste, et, parmi ceux dont les historiens ne précisent pas la date, il n'en est pas quel'on puisse, avec quelque vraisemblance, attribuer à cet empereur, si ce n'est l'*erroris causæ probatio*, qui, en sa qualité d'encouragement au mariage et à la procréation, paraît bien se rattacher à l'ensemble de son système politique.

Une deuxième restriction, analogue à la précédente et même plus énergique, fut portée par la loi *Ælia Sentia* relativement à l'âge du *manumissor*. En général, le mineur de vingt ans ne pouvait affranchir. Les périls conjurés par cette mesure étaient les mêmes que pour la précédente, avec cette aggravation que l'esclave indigne pouvait plus facilement obtenir son affranchissement d'un adolescent sans expérience et facile à fléchir.

Mais les considérations tirées de l'âge de l'esclave ou de celui du maître étaient écartées dans le cas où l'affranchissement avait lieu en vertu d'une juste cause approuvée par un conseil dont la composition variait suivant qu'il se réunissait à Rome ou dans les provinces.

Justinien nous dit, sans préciser si jamais il y eut controverse sur ce point, que lorsque l'approbation avait été une fois donnée *apud consilium*, il n'était pas possible de la retirer, alors même que l'on constatait la fausseté de la *justa causa*. C'était là une application du principe de l'irrévocabilité de la liberté.

Cette décision était-elle bien écrite dans la loi *Ælia Sentia*, comme le disent les Institutes ? Devons-nous y voir une mesure contemporaine d'Auguste ? Si cet empereur avait prévu le cas, n'aurait-il pas mis au service de l'intérêt public la subtilité juridique par laquelle il avait garanti l'intérêt des créanciers du manumissor ? Celui qui affranchit *in fraudem creditorum, nihil agit* à leur égard. Le maître qui a pu surprendre la religion du *consilium*, pouvait-il, aux yeux d'Auguste, maintenir des actes impies ? Les auteurs n'examinent pas la question. Pour nous, nous ne pouvons accepter la dernière hypothèse. Auguste n'avait pas prévu la difficulté. C'est sous l'influence des idées chrétiennes que la controverse a été tranchée favorablement aux esclaves.

La disposition suivante est incontestablement la plus remarquable de la loi *Ælia Sentia*, soit que nous l'envisagions dans ses points de contact avec la belle théorie de l'action Paulienne, élaborée par les prudents d'une façon si décisive, soit que nous considérions au contraire, son côté original, si empreint de la subtilité des vieux jurisconsultes.

Le Droit romain, fidèle à sa notion abstraite de l'obligation, du *vinculum juris* n'enchainant par définition que la *persona* du *promissor*, (1) n'avait pas, dans le principe, admis l'idée d'un gage direct appartenant aux créanciers sur les biens de leur débiteur. Cependant la jurisprudence ne tarda pas à décider que l'on ne pouvait créer ou augmenter son insolvabilité au

(1) Von Ihering II, p. 147.

préjudice de ses créanciers. Il n'y avait pas, évidemment, dans la civilisation romaine, de raison pour se départir de cette règle au profit de l'esclave, dont la qualité d'homme était absolument méconnue; par suite, la loi *Ælia Sentia* prononçait la nullité de tout affranchissement qui aurait engendré ou accru l'insolvabilité du *manumissor*. Mais ici se présentait un obstacle : la liberté, une fois acquise, était irrévocable; c'était là un des axiomes les plus chers aux Romains. L'ingéniosité des juristes ne fut pas embarrassée par l'objection. Un peu plus d'énergie dans les mots, une distinction théorique entre l'annulation et la nullité originelle, et les principes furent déclarés satisfaits : on n'ôte pas la liberté à l'esclave; le vice existant au moment de l'affranchissement, l'esclave n'avait jamais été libre en droit : la loi ne retirait pas la liberté, elle y faisait obstacle *ab initio*. D'ailleurs, quand l'intérêt des créanciers n'était pas en jeu, cette distinction n'avait pas de conséquence pratique : l'esclave jouissait de la liberté, car elle lui était définitivement acquise à l'encontre de son maître et des successeurs et héritiers de celui-ci. De plus, si, après l'affranchissement, le maître redevenait solvable, les créanciers ne pouvaient, faute d'intérêt, demander qu'on en déclarât la nullité; et pourtant, dans la rigueur des principes, ce qui est nul *ab initio*, ce qui n'a pas d'existence juridique, ne peut être confirmé.

Même pour cette mesure, qui tout d'abord ne paraît protéger que l'intérêt de particuliers, il faut, si l'on descend au fond des choses, reconnaître que l'empereur a pu avoir en vue le bien public. Le débiteur obéré, à la perspective de la vente publique de son patrimoine,

hésitait moins à montrer une générosité dont, en définitive, ses créanciers faisaient tous les frais. Il pouvait même trouver une maligne satisfaction à leur soustraire des biens auxquels ils avaient droit. Tout cela était de nature à entraîner des affranchissements nombreux et peu mérités.

Du temps d'Auguste, on se demandait s'il était nécessaire pour que les manumissions qui liaient les créanciers fussent nulles, que le maître eût agi dans une pensée frauduleuse : la raison qu'on invoquait, pour en douter, c'est qu'un homme dont les propriétés étaient répandues aussi bien dans les provinces qu'en Italie, pouvait très-bien se croire plus riche qu'il n'était. Il est en effet évident que le point de savoir qu'elle avait été son intention, échappait à toute constatation. Par une coïncidence singulière, Justinien s'est appuyé sur le même argument pour trancher la controverse dans le sens opposé. De ce que les propriétés du manumissor étaient souvent disséminées sur toute la surface de l'empire, et que cette circonstance rendait sa bonne foi possible et même vraisemblable, il en concluait que les créanciers devaient établir le *consilium fraudis*.

Enfin la loi *Ælia Sentia* institua une nouvelle classe d'affranchis, les *dedititii*, ainsi nommés parce qu'ils étaient à peu près complètement assimilés aux peuples *qui ut victi sunt se dediderunt*, c'est-à-dire, qui, vaincus par les Romains, s'étaient rendus à discrétion.

Ils étaient, de tous les affranchis, ceux qui avaient la pire condition ; ils ne jouissaient que de la *pessima libertas*, de la *deterior libertas*. Ils étaient, par conséquent, dans une condition bien inférieure à celle des

Latins Juniens. Il va donc s'en dire qu'ils n'avaient aucun des éléments du *jus publicum* ni le *connubium cum civibus*; mais ils ne possédaient même aucun des droits renfermés dans le *commercium* ou dans la *factio testamenti*, ne serait-ce que l'aptitude au rôle de *libripens* ou de *testis*. Ils ne pouvaient invoquer que le *jus gentium*, encore n'était-ce pas dans une aussi large mesure que les pérégrins ordinaires, notamment et surtout pour le droit de tester. Ils n'appartenaient pas à une cité déterminée, n'avaient ni *patria* ni *origo*, ce qui leur était commun avec les Romains qu'une condamnation criminelle avait réduits à l'état de pérégrins. Ils ne pouvaient même pas recueillir par fidécommis, moins favorisés en cela que les pérégrins ordinaires qui ne perdirent cet avantage que sous Adrien. (1) Enfin, la loi leur interdisait de paraître soit à Rome soit dans un rayon de cent milles autour de Rome. S'ils contrevenaient à cette défense, ils étaient vendus et leur nouveau maître ne pouvait les introduire, même en qualité d'esclaves, dans le périmètre que nous venons d'indiquer. S'il n'était pas tenu compte de cette nouvelle injonction, le déditice devenait esclave du peuple romain.

Ce qui caractérisait surtout la position de ces affranchis, c'était que jamais, à la différence des Latins Juniens, ils ne pouvaient améliorer leur condition; le titre de citoyen, quelque irréprochable que fût l'usage par eux fait de la liberté, ne leur était pas accessible. Le simple titre de Latin Junien leur était également à

(1) Voir *infra* p.

jamais refusé ! Ils étaient donc voués pour la vie à cette liberté ignominieuse.

Ainsi que nous l'avons vu, les Latins Juniens pouvaient, en satisfaisant à certaines exigences, qui ne supposaient d'ailleurs chez eux aucun progrès moral, obtenir le titre de citoyens. Ce rapprochement ne rend-il pas saisissant ce qu'il y avait d'excessif dans les rigueurs du législateur envers les déditices ? Il eût été bien plus rationnel de ne laisser arriver les Latins à la *civitas* que lorsqu'ils auraient pu justifier d'une moralité suffisante. Bien plus ! quand on se rappelle qu'il suffisait à la Latine Junienne, pour bénéficier du *triplex enixus*, d'avoir trois enfants, même *vulgo quæsit*i, on ne peut s'empêcher, avec M. Accarias, de trouver dans cette disposition d'Auguste un fâcheux encouragement à la prostitution (1). Ainsi, la qualité de citoyen était trop facilement accordée aux uns et absolument refusée aux autres.

Était-ce logique ? Si l'infamie du déditice était inéfaçable, pourquoi le tirer d'esclavage ? N'y avait-il pas une contradiction manifeste à donner la liberté à un homme qui ne pouvait jamais, quoi qu'il fit, puiser dans le légitime usage de cette liberté, la cause de sa réhabilitation ? En supposant d'ailleurs que le déditice fût à jamais flétri au point de ne pouvoir arriver à la *civitas*, ne convenait-il pas, du moins de lui rendre accessible, comme prix de sa régénération, le titre de Latin Junien ? Il est un cas dans lequel les diverses mesures restrictives de la loi *Alia Sentia* ne trou-

(1) I. p. 117.

vaient pas d'application, et où, par conséquent, l'esclave, n'eût-il pas 30 ans, fût-il affranchi par un maître mineur de 20 ans, eût-il pendant sa servitude éprouvé quelque flétrissure, ou dût-il en sortant du patrimoine de son maître y introduire l'insolvabilité, devenait toujours libre et citoyen romain. C'était lorsque le maître serait décédé intestat, si, à sa mort, son patrimoine n'avait pas été recueilli par un de ses esclaves. On sait combien les romains étaient désireux de ne pas mourir sans héritier, et que pour eux pareille fin était ignominieuse. On s'explique donc facilement le motif de l'exception. Mais, bien entendu, le *manumissor* ne pouvait user de cette faculté que dans la mesure strictement nécessaire pour échapper à la flétrissure. Il ne pouvait, par suite, instituer qu'un esclave : de là, l'expression d'*heres solus*. Le testateur avait d'autant moins d'intérêt à en désigner plusieurs pour ses héritiers, que l'esclave institué ne pouvait répudier la succession : il était *heres necessarius*; mais la perspective de mourir intestat répugnait tellement aux romains, que leurs jurisconsultes qui, ordinairement, se préoccupaient avant tout des exigences théoriques, s'étaient, dans ce cas, placés surtout au point de vue pratique : il ne suffisait pas, pour que l'institution de l'esclave tombât, qu'il eût un cohéritier ou qu'il fût simplement substitué, il fallait encore que le cohéritier ou le premier héritier ne fissent pas défaut *qualibat ex causa*.

§ III. — De la loi FUSIA CANINIA.

Quatre ans après la loi *Ælia Sentia*, parut le com-

plément naturel de l'œuvre législative d'Auguste en matière d'affranchissements. Cet empereur avait réglementé les manumissions entre-vifs, il lui restait à modérer les affranchissements testamentaires. Là surtout, il avait à combattre de grands abus, de terribles périls. Peu soucieux des intérêts de l'Etat, les romains prodiguaient facilement à leurs esclaves le titre de citoyen pour s'assurer des éloges posthumes. Le long défilé des affranchis portant le bonnet de la liberté soulevait les applaudissements autour du cortège funèbre : la foule se laisse si facilement aller à ne voir que la grandeur d'âme là où l'intérêt a tout conduit ! L'orgueil qui mettait tant de gloire à s'assurer des sépultures monumentales, devait s'efforcer de n'y descendre qu'au milieu de l'enthousiasme populaire. N'est-il pas évident que le christianisme était la seule réaction qui pût combattre ce débordement de vanité ? Auguste, se plaçant au point de vue de ce que le testateur possédait en esclaves, établit à cet égard une quotité disponible. Désormais, le maximum des affranchissements possibles fut proportionné au nombre des esclaves qui figuraient dans la succession. De plus, cette quotité n'allait en augmentant que jusqu'au nombre de 500 esclaves. Que le disposant en possédât 500 ou davantage, il ne pouvait jamais en affranchir plus de 100.

Telles sont les lois par lesquelles Auguste essaya de consacrer, de restreindre et de moraliser les affranchissements ; ici, comme pour toutes les autres matières qu'il aborda, son œuvre ne pouvait être de longue durée. Elle était, pour ainsi dire, condamnée en naissant. Déjà s'élevait à l'horizon l'aurore dans le

resplendissement de laquelle devait éclater cette vérité : « Tous les hommes sont frères. » Toutefois, ce ne fut que sous Justinien que fut officiellement abolie la distinction entre les affranchis citoyens, les Latins Juniens et les déditices, ainsi que la prohibition de la loi Fusia Caninia. Mais, bien avant cet empereur, les affranchis avaient tous en fait la même condition sociale. D'un autre côté, la loi Fusia Caninia avait perdu son effet, car, les maîtres d'esclaves, dont les convictions religieuses étouffaient les sentiments d'avarice, s'empressaient d'accomplir entre vifs l'acte d'humanité qui ne leur avait été interdit que dans leurs testaments.

CHAPITRE IV.

De la condition du « *filiusfamilias* ».



REMARQUE PRÉLIMINAIRE. — On l'a souvent dit : Dans la Rome antique, la famille était, au milieu de la société générale, un *monde fermé*, selon l'heureuse expression d'Ihering, (1) ou encore une souveraineté particulière, un petit gouvernement despotique, se concentrant dans les mains toutes puissantes du *paterfamilias*.

La *patria potestas* et la puissance dominicale paraissent même, au premier aspect, se confondre, et n'être qu'une seule et même puissance dont le nom seul varierait suivant qu'elle s'exerçait sur telle ou telle classe d'individus. Von Ihering va jusqu'à dire que : « Pendant des siècles, la puissance paternelle fut, quant à son objet et quant à son caractère, *la même* que la puissance dominicale. » (2) Si cette pro-

(1) L'Esprit du Droit Romain II, p. 155.

(2) Op. cit. II, p. 177.

position est exagérée, ce que nous serions disposé à admettre (1), elle ne l'est que très-faiblement.

Une pareille organisation ne pouvait survivre à la constitution si énergique, mais, en même temps, si barbare de la Rome primitive. On peut dire que la série des révolutions Romaines se reflète dans les atteintes successives portées au gouvernement familial, soit au point de vue du droit du *paterfamilias* sur les biens de ses subordonnés, soit au point de vue de son droit sur leurs personnes.

§ I. — *Du PECULIUM CASTRENSE.*

On représente quelquefois Auguste comme portant le premier coup à ce vieux principe que le droit du père de famille absorbait la propriété de tous les biens acquis par les personnes en sa puissance. Maynz (2) et Van Wetter (3), notamment, lui attribuent l'institution du *peculium castrense*. C'est aller trop loin. Auguste ne fit que suivre et accélérer un mouvement qui était déjà fort marqué dans les dernières années de la République. A l'avènement d'Auguste, le *peculium castrense* était déjà au moins admis par l'usage. Justinien rapporte simplement que cet empereur conféra aux fils de famille le droit de tester sur ce pécule ; (4) la création du pécule lui-même devait, par

(1) Accarias, I n° 76, p. 143.

(2) 3^e édit., vol. III, p. 104.

(3) Vol. II, p. 237.

(4) Tit. XII, liv. 2, princ.

suite, être plus ancienne. Sans quoi, Justinien aurait une bien étrange manière de nous signaler l'introduction dans la législation romaine d'un principe si important !

De plus, si Auguste a eu une influence incontestable sur la législation Romaine, il ne s'est point présenté en révolutionnaire, en réformateur violent ; il n'a opéré, au contraire, en cela, comme en toutes choses, qu'une transformation lente et pleine de prudence, se bornant, le plus souvent, à légaliser le fait acquis. Il n'est donc pas possible qu'il ait songé à introduire brusquement et de toutes pièces une institution qui bouleversait tout le système juridique Romain. Le *peculium castrense*, comme la plupart des privilèges militaires, remonte à la fin de la République (1). C'est une des nombreuses faveurs accordées par des chefs ambitieux à des soldats dont ils voulaient faire leurs créatures aveugles et dévouées. « Les » légions passant les Alpes et la mer, dit excellemment » Montesquieu, ce ne furent plus les soldats de la » République, mais de Sylla, de Marius, de Pompée » et de César (2) ». Ce qui est certain, c'est qu'Auguste développa le pécule castrans. Toutefois, il n'accorda la *factio testamenti* sur les biens qui le composaient qu'aux militaires en activité. Adrien seul devait étendre cette faveur aux vétérans.

Auguste n'assimila pas cependant d'une façon complète le *peculium castrense* à un véritable patrimoine ;

(1) Liv. xxix, tit. 1, l. 1, Dig.

(2) *Grandeur et décadence des Romains*, chap. ix.

car, sous ce prince, et même jusqu'à Justinien, si le fils mourait intestat, son avoir n'était pas considéré comme un héritage et dévolu en conséquence, mais revenait au père *jure peculii*.

§ II. — *De la condition du FILIUSFAMILIAS quant à sa personne.*

L'institution du pécule castrans dégagea l'individualité juridique du fils de famille; désormais, il put être propriétaire dans le sens exact du mot. Tant il est vrai que les lois qui visent directement les biens, influent aussi nécessairement, quoique d'une façon plus ou moins détournée, sur les personnes. Mais, une fois affirmée et mise en vue par voie de conséquence, la personne du fils de famille ne fut-elle pas l'objet de mesures directes et spéciales? Il est visible que la consécration de son autonomie, en tant que sujet actif de droits réels, devait entraîner une révolution analogue dans les rapports de famille.

La prudence ordinaire d'Auguste dans les modifications qu'il apporta à la constitution de l'antique *familia*, nous explique pourquoi il n'est pas resté trace de son influence sur la puissance paternelle quant à la personne du fils de famille. M. Troplong, dans son histoire de *l'Influence du christianisme sur le Droit romain*, après nous avoir dit d'une façon générale que les traditions s'affaiblissaient à cet égard, rappelle en note ce passage de Tacite : « *Ex horridâ illa antiquitate ad præsentem usum quædam Augustus flex erat.* » Il ne faut pas exagérer la portée de ce témoignage. Tacite ne fait pas allusion

à une réforme sanctionnée par une loi. Trajan, Adrien, et même Constantin eurent à s'opposer à l'exercice du *jus vitæ necisque*. Auguste l'avait donc laissé subsister en théorie.

Mais cet affaiblissement de la puissance du père sur la personne de ses enfants, même considéré comme simple fait, était déjà très marqué dans les dernières années de la république; Jules César y avait grandement contribué. Toutefois, sous le règne d'Auguste, cette tendance fut puissamment favorisée par le triomphe des idées monarchiques et la concentration des pouvoirs dans les mains d'un seul. Les empereurs suivants, nous l'avons déjà vu, s'opposèrent constamment à l'exercice du *jus vitæ necisque*. Si bien qu'Alexandre Sévère, en réduisant le droit des pères à de simples corrections, ne fit, selon l'expression de M. Troplong, qu'homologuer un fait conquis peu à peu par les mœurs (1).

(1) Op. cit. p. 255.

CHAPITRE V.

De la condition des débiteurs.

§ I. — *Du paupérisme au début de l'Empire.*

Au nombre des germes de séditions qu'Auguste devait s'appliquer à étouffer, se trouvait en première ligne l'extrême misère des débiteurs. Le petit propriétaire, l'humble travailleur se voyaient presque fatalement obligés de recourir à des emprunts. Écrasé par la terrible concurrence que lui faisait la main-d'œuvre fournie à si bon marché par l'esclavage, l'homme libre qui était réduit à travailler pour gagner sa subsistance, était entouré de menaces de ruine. (1) Une interruption de travail, une guerre civile, une mauvaise récolte, en un mot une foule de circonstances pouvaient le livrer aux mains des usuriers. Or, si l'on songe au taux relativement excessif des intérêts à Rome, emprunter de l'argent, s'était s'enchaîner à jamais, devenir l'instrument des patriciens, creuser sous ses pas un gouffre que l'économie la plus scrupuleuse et le déploiement le plus héroïque de l'activité humaine étaient incapables de combler, enfin tout abdiquer, même son indépendance politique ! La dette était, en

(1) Von Ihering. op. cit. II p. 73.

effet, organisée en système de domination publique, en arme électorale. Les voix des grands créanciers étaient aveuglément appuyées de celles de leurs débiteurs. Des usuriers disposaient ainsi, soit pour eux-mêmes, soit au profit de leurs candidats, de milliers de suffrages. « La dette, s'écrie Von Ihering, était la malédiction et l'accusation la plus amère qui s'élevait contre le système du monde Romain » (1).

§ II. — De la *CESSIO BONORUM*.

Pour conjurer ce péril, Auguste organisa la *cessio bonorum*, dont le principe, il est vrai, était depuis longtemps admis par la pratique (1). Cet avantage permettait aux débiteurs d'échapper aux conséquences les plus pénibles de la loi. Auguste réglementa probablement la *cessio* par la loi *Julia judiciaria de judiciis privatis*.

En l'an 425 de Rome, d'après Tite-Live (2), et, d'après Varron (3), en l'an 435, la loi *Pætilia Papiria* avait déjà fait un pas très-sensible dans la voie du progrès. Elle avait, en effet, aboli l'exécution privée que le créancier exerçait de sa propre autorité sur la personne même du débiteur *nexus*, et n'avait laissé subsister, en fait de contrainte personnelle, que celle qui était pratiquée en vertu d'une sentence judiciaire.

(1) Loc. cit.

(1) Ch. Giraud, des *Nexi*, p. 121.

(2) VIII, 28.

(3) De Ling. Lat. VII, § 105.

Mais le droit Prétorien étendait en revanche l'application de l'exécution réelle en la substituant à l'incarcération du débiteur pour le cas où le créancier voulait agir sans avoir obtenu de jugement. Ainsi, au moment où allait se produire la réforme d'Auguste, la contrainte personnelle et judiciaire subsistait à côté de la *bonorum venditio*, voie d'exécution sur l'universalité du patrimoine. La première de ces procédures aboutissait à l'*addictio* du débiteur et de sa famille, autrement dit à leur servitude judiciaire, et la seconde, à la flétrissure du débiteur qu'elle dépouillait de son *existimatio* : conséquences d'autant plus déplorables qu'elles frappaient même le débiteur de bonne foi.

Grâce à la *cessio bonorum*, les *operati* purent désormais échapper aux rigueurs de l'*addictio* et de la *bonorum venditio*. Ils n'avaient qu'à faire à leurs créanciers abandon de l'universalité de leurs biens, ou, s'ils n'en possédaient pas, à se déclarer prêts à leur remettre ceux qu'ils pourraient acquérir, ce qui constituait un abandon anticipé. M. Giraud a cru découvrir, dans le droit antérieur, un analogue de ce bénéfice. D'après lui, les *nexi* qui existaient quand parut la loi Poetilia Papiria, auraient eu la faculté de se soustraire à la servitude privée en jurant qu'après leur libération, ils emploieraient scrupuleusement tous leurs biens à désintéresser leurs créanciers. Tels auraient été le but et la portée du *juramentum bonae copiae* (1). Mais le sens même de ces mots se refuse à une pareille interprétation qui, d'ailleurs, ne trouve

(1) Des *Nexi*, p. 119.

aucune base dans les textes. Le *juramentum bonæ copiae* n'était-il pas plutôt le serment par lequel le débiteur affirmait que sa fortune était suffisante pour l'acquittement complet de ses dettes ?

Du temps d'Auguste, la *cessio bonorum* ne pouvait, croyons-nous, être valablement faite *per nuntium* ou *per epistolam*. Ces moyens simples et expéditifs n'auraient pas été en harmonie avec les exigences de la procédure formulaire. La *cessio bonorum* a donc été, à son origine, entourée, elle aussi, de cérémonies symboliques.

Notons également que, tout d'abord, cette institution nous apparaît comme une faveur faite uniquement aux débiteurs d'Italie. Ce n'est que plus tard qu'elle fut étendue aux provinces (1). De même, lorsque le droit féodal empruntera la *cessio bonorum* à la législation Romaine, il ne l'accordera d'abord qu'aux gentils-hommes et ne la rendra accessible aux *vilains* que longtemps après.

Vu l'importance de cette matière, nous examinerons successivement qui pouvait invoquer ce bénéfice et quels en étaient les effets.

A. — Ce bénéfice était considérable, car la cession de biens pouvait être faite contre le gré des créanciers. Mais il fallait qu'elle réunit les conditions visées aujourd'hui par l'art. 1268, C. C. Il fallait donc qu'elle portât sur l'intégralité du patrimoine. Il fallait aussi que le débiteur malheureux fût de bonne foi. Ce der-

(1) Const., 4 Code, Qui bon. ced. poss.

nier point est contesté, mais, si c'était avec raison, plusieurs textes du Digeste seraient inexplicables; puis, si la bonne foi du débiteur n'avait pas été exigée, comment la procédure infamante de la *venditio bonorum* aurait-elle pu, comme elle l'a fait, survivre à la réforme d'Auguste? « *Addici nunc et vinciri multos videmus.* » dit encore Aulu-Gelle. Certains débiteurs ne pouvaient donc, même alors, recourir à la cession de biens. C'était évidemment les débiteurs de mauvaise foi. N'était-ce pas là d'ailleurs un principe qui ne pouvait échapper à ces jurisconsultes dont Auguste, dans ces travaux législatifs, ne manquait pas de consulter la haute raison et le sentiment si juste de l'équité? N'y a-t-il pas là enfin, comme le remarque M. Troplong, « une différence réclamée du reste par la philosophie stoïcienne entre celui qui aura dissipé dans la débauche l'argent de son créancier, et celui qui aura été frappé dans sa fortune par des malheurs imprévus (1). »

B. — Il importe également de déterminer quels étaient les véritables effets de la *cessio bonorum*. Sur la déclaration solennelle que fait le débiteur d'abandonner à ces créanciers l'universalité de son avoir, on procède à la vente en masse de ces biens dans la forme de la *bonorum proscriptio*. Le débiteur se soustrait ainsi à l'incarcération et échappe à la note d'infamie

(1) *De la Contrainte par corps*, préface, p. cxii. — Cette opinion s'appuie en outre sur des arguments tirés de la loi 67, § 7, Dig. *Pro socio*, et de la loi 25, § 9, Dig. *Quæ in fraudem*.

attachée à l'expropriation forcée. Cujas explique ce dernier effet de la *cessio* par ce fait que la vente des biens du *cedens* n'avait pas lieu malgré lui, contrairement à ce qui se passait dans la *bonorum venditio* (1). A ce sujet, nous ferons remarquer que nous ne croyons pas devoir attribuer à certaines constitutions impériales autant d'importance que l'ont fait plusieurs auteurs, et conclure que si la *cessio* sauvegardait l'*existimatio* de la note d'infamie, elle ne pouvait lui épargner des déchéances secondaires que ces auteurs qualifient très-vaguement d'*humiliatio*. Nous ne voyons pas pour quel motif on eût restreint ainsi la portée de la *cessio*. C'eût été manquer en partie le but de la réforme. Dans notre opinion, le législateur Romain a voulu que le cédant échappât, au nom du malheur, à toute flétrissure, plus logique en cela que le Droit féodal qui attachait à la *cessio* un caractère infamant et l'entourait, en conséquence de cérémonies grossières et indécentes (2).

La *cessio bonorum* ne transmettait pas d'ailleurs aux créanciers la propriété des biens cédés. Elle ne leur conférait même pas la *possessio ad usucapionem*. Elle ne leur donnait que le droit de procéder à la vente en masse des biens dont il leur était fait abandon. Cette vente s'opérait comme après une expropriation forcée. Mais, jusqu'à l'aliénation, le débiteur pouvait revenir sur la cession en se libérant; nous avons dit que la *cessio bonorum* ne nuisait en rien

(1) Exposé de la Nov. 135.

(2) Troplong, Op. cit. p. CLXX.

à la capacité juridique du débiteur. Il pouvait, par suite, acquérir d'autres biens, et, le cas échéant, être l'objet de nouvelles poursuites. En d'autres termes, il n'était libéré que jusqu'à concurrence du dividende touché par ses créanciers. Mais, tant il est vrai que la *cessio bonorum* procédait d'un sentiment d'humanité, le débiteur ne pouvait être inquiété à nouveau que s'il acquérait des biens d'une certaine valeur. De plus, il fallait que ses biens ne lui fussent pas fournis à titre d'aliments. Dans tous les cas, il jouissait du bénéfice de compétence, et, par conséquent, plus heureux que le débiteur sous l'empire de notre Code, il ne pouvait être condamné que *in id quod facere potest*. Mais ce dernier avantage lui était rigoureusement personnel; ses propres héritiers eux-mêmes n'avaient pas le droit de l'invoquer.

CHAPITRE VI.

Des codicilles et des fidéicommiss

Longtemps avant Auguste, s'était manifestée une tendance générale à éluder plusieurs des prescriptions légales relatives aux formalités des testaments et à la *factio testamenti* passive. L'opinion générale avait jugé les unes non moins inutiles que gênantes, et avait su démêler dans les autres l'élément arbitraire et, par conséquent, destiné à périr.

Tout testament supposait essentiellement une institution d'héritier. C'était là le *caput et fundamentum totius testamenti*, la condition première de son existence. Le disposant ne pouvait imposer de legs qu'à l'héritier qui lui devait sa vocation ou capacité de recueillir. Impossible donc de mettre un legs à la charge de l'héritier *ab intestat*, celui-ci ayant reçu sa qualité directement de la loi. Il n'était point, non plus, permis d'enjoindre à un légataire l'exécution d'une disposition testamentaire. D'un autre côté, par une application rigoureuse de la définition du testament où le patrimoine était nécessairement considéré comme un tout juridiquement indivisible, chaque citoyen n'en pouvait laisser qu'un seul. Voulait-il donc compléter ou modifier l'expression de ses dernières volontés,

quelque minime que fût l'addition, quelque insignifiant que fût le changement, il fallait procéder à un autre testament. Or, quand on se rappelle de quelles solennités la loi Romaine avait entouré la confection de ces actes, on comprend que, dans bien des cas, il était ou très-difficile, ou même impossible d'en faire un nouveau. A ces premières considérations tirées du formalisme ou des subtilités de l'ancien droit, s'en ajoutait une autre provenant des incapacités dont tant de personnes étaient frappées. Avait-on parmi ses amis les plus chers, parmi ses bienfaiteurs, parmi ses proches, des pérégrins, des proscrits ou des femmes tombant sous le coup de la loi *Voconia*? On ne pouvait leur témoigner par des avantages testamentaires sa reconnaissance ou son affection. Il était aussi interdit de gratifier par acte de dernière volonté un posthume externe et, plus généralement, toute personne incertaine.

Ces deux ordres d'idées appelaient nécessairement les deux conséquences suivantes : Lorsqu'on ne pouvait présenter certaines dispositions sous forme impérative et leur donner ainsi force légale, on recourait à la forme précative et l'on tâchait par là de leur donner une valeur morale. Pour cela, on faisait appel à la bonne foi d'une personne capable, on l'instituait héritier, en la priant de transmettre le bénéfice de la disposition à l'incapable qu'on désignait. On priait aussi les légataires et même toutes les personnes nommées dans le testament. En fait, grâce au bon vouloir de la personne à laquelle on s'adressait, du *fiduciaire*, on arrivait ordinairement à éluder les lois

qui privaient le *fidéicommissaire* de la *factio testamenti* passive.

Mais cela n'était pas suffisant; car souvent ces recommandations, ces prières, ne pouvaient figurer dans des testaments, soit qu'il fût impossible de procéder à ces actes, soit qu'on voulût éviter de les refaire. Alors se produisait la nécessité d'introduire parallèlement au testament un acte plus simple, plus expéditif, qui ne réclamât pas l'emploi de solennités compliquées, et notamment l'intervention du peuple ou de ses représentants. Telles furent l'origine et la raison d'être des codicilles.

En pratique, le fidéicommis et le codicille se présentaient presque toujours simultanément. Si les fidéicommis pouvaient figurer dans des testaments, les codicilles ne comportaient que des fidéicommis (1). Ces derniers remplaçaient les institutions d'héritier et les legs, en un mot les dispositions; tandis que les codicilles étaient les actes qui les contenaient, et correspondaient aux testaments.

Il serait fort difficile de préciser la date de cette double innovation, l'époque exacte de son introduction dans la civilisation Romaine. A interpréter textuellement les *Institutes*, il faudrait conclure que l'idée première en revient à Lucius Lentulus, contemporain d'Auguste. Mais, en réalité, Lentulus occasionna simplement l'approbation que l'empereur donna à un usage déjà ancien.

(1) Cependant Auguste admit dans la suite qu'une disposition pouvait se présenter sous forme de legs et valoir en cette qualité dans un codicille confirmé par testament. V. Ortolan. II, p. 669.

Appelés impérieusement par les exigences de la vie pratique, par des situations graves et fréquentes, les fidéicommiss et les codicilles, comme tant d'autres expédients, s'imposèrent d'urgence à l'apparition même de la loi dont ils éludaient les prescriptions. L'opinion générale s'était, de temps immémorial, prononcée pour l'usage contre le droit positif. Elle sentait que c'était du côté du premier qu'était la vraie justice, l'équité : « *Justum videbatur*, lisons-nous dans les *Institutes*, *et popolare erat*. » La conscience publique souhaitait vivement que l'exécution des fidéicommiss fût garantie par la sanction d'une autorité supérieure. Cette sanction était indispensable en présence de la mauvaise foi que favorisait le caractère irrégulier de ces actes. Leur sort était à la merci du fiduciaire. Celui-ci avait toute liberté pour décider s'il devait, oui ou non, en tenir compte. Il n'était point lié *vinculo juris*. Bien au contraire, la loi était pour lui, et aurait, au besoin, couvert son manque de loyauté. Selon l'expression si énergique des *Institutes*, le fiduciaire était seulement tenu *pudore*. Il savait que, s'il était assez peu délicat pour abuser de sa situation, la réprobation générale se montrerait jalouse de suppléer, autant qu'il lui serait possible, à la répression légale. Mais, à cette époque de corruption, au milieu de la soif de jouissance qui dévorait la société Romaine, l'indignation publique était souvent inefficace. N'y a-t-il pas toujours eu, et ne devait-il pas y avoir alors surtout de ces hommes pour lesquels le mépris n'est pas une peine suffisante ?

Auguste, avec le grand sens politique dont nous avons si souvent déjà relevé les effets, n'eut garde de

négliger une si bonne occasion de se faire bien venir du peuple Romain. Mais, comme il pressentait que la consécration des fidéicommiss et des codicilles ne serait pas sans danger pour l'application de ses propres lois, il ne se rendit que peu à peu au vœu général. Dans les premiers temps, il se borna à ordonner aux consuls d'interposer leur autorité dans des cas exceptionnels, soit que la personne du fidéicommissaire méritât une faveur spéciale, soit que l'insigne mauvaise foi du fiduciaire parût particulièrement scandaleuse, soit enfin que le disposant eût mis l'accomplissement de ses volontés sous le patronage de l'empereur. Cette dernière circonstance prouve bien que l'opinion publique avait justement apprécié la politique d'Auguste, politique avide de popularité, et, par conséquent, bien faite pour provoquer l'adulation. Sans doute, la plupart du temps, les disposants ne s'adressaient pas directement à l'empereur, mais le résultat de leurs flatteries n'était pas douteux, et les serments *per genium principis, per salutem principis* exigés du fiduciaire, équivalaient, en réalité, à la mise en cause de l'autorité impériale.

Cependant l'esprit public ne se déclara pas satisfait, et demanda une mesure générale. Auguste la lui accorda, mais on peut considérer comme certain que ce ne fut pas sans hésitation et sans regret. Il compromettait ainsi l'efficacité de plusieurs des réformes qu'il avait réalisées, ou dont il avait conçu le projet. Il eut la main forcée par le besoin d'acquérir de la popularité.

Il généralisa donc l'intervention consulaire pour tous les cas où le fiduciaire se montrerait infidèle;

puis, comme les fidéicommiss se multiplièrent encore à la faveur de cette protection, il institua un magistrat spécial pour trancher les difficultés de cette espèce. Ce fut le *prætor fideicommissarius* (1). Toutefois cette nouvelle fonction ne fut établie ni par une constitution ni par un sénatus-consulte. La création du prêteur fidéicommissaire constitue purement, pour employer l'expression de M. Ortolan, une confirmation toute d'autorité. Aussi, devant ce magistrat, n'était-il question ni d'action de droit civil, ni, par suite, de délivrance de formule et de double phase de procédure. Toute l'instance se déroulait devant lui. Il vidait le différend *extra ordinem*.

L'influence d'Auguste sur les codicilles et les fidéicommiss peut se résumer ainsi : il les a protégés, mais non réglementés. S'il en avait déterminé législativement le rôle et les effets, il n'aurait pu leur laisser l'extension qu'ils avaient peu à peu acquise, ni tolérer l'usage véritablement illégal qu'on en faisait sans cesse. Les codicilles et les fidéicommiss étaient, en apparence, excusables parce qu'ils ne violaient aucun texte de loi, mais, au fond, ils méconnaissaient l'esprit de plusieurs prohibitions légales. Auguste aurait donc été dans la nécessité de les restreindre, comme firent ses successeurs, et de poser la règle qui ne fut formulée qu'au temps d'Ulpien : « *Fideicommissa dari possunt his quibus legari potest* » (2). L'unique moyen qu'il eût de ne pas réfréner la tendance générale, de fer-

(1) Voir *infra* page

(2) Frag. 25, 6.

mer décernent les yeux sur d'innombrables abus, et de sauvegarder, sans paraître la payer trop cher, la faveur populaire, était de ne pas aborder la question au point de vue législatif.

Telle fut la cause pour laquelle les Latins Juniens, les *cœlibes* et les *orbi* purent, en fait, recueillir des héritages ou des legs, tout comme s'ils avaient joui de la plénitude de la *factio testamenti*. Seuls les *dedittii* furent expressément privés de cet avantage. Auguste osa faire cette exception à la non réglementation des fidéicommiss, assuré qu'il était que ces incapables, vu leur condition particulièrement infamante, n'étaient pas appuyés de la sympathie publique. Mais, si l'on y regarde de près, n'est-il pas vrai qu'en vertu de la maxime *qui dicit de uno de altero negat*, maxime qui n'avait pas échappé à l'admirable logique des jurisconsultes Romains, Auguste autorisait ainsi implicitement, par une disposition législative, tous les fidéicommiss qui n'étaient pas annulés par cette exception?

CHAPITRE VII.

De la Justice civile.

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE. — L'ingérence d'Auguste dans l'administration de la justice avait été préparée et facilitée par l'œuvre de Jules César. Celui-ci avait rétabli l'antique juridiction royale, et s'était ainsi érigé en juge suprême dans les affaires civiles et criminelles (1). Il n'avait donc pas, dans les litiges de l'ordre civil, à renvoyer à des jurés la décision finale. Il pouvait toujours juger seul. S'il s'absentait, il était suppléé par le préteur. Mais, quelque avide qu'il fût de dominer le pouvoir judiciaire, il ne pouvait évidemment connaître que de cas exceptionnels (2). En principe, la cause était indifféremment portée devant son tribunal, ou devant les magistrats qu'avait créés la République. Toutefois, en cas de conflit, le tribunal de César l'emportait (3). Déjà même s'introduisait l'usage de l'*appellatio* dont nous verrons le

(1) Mommsen, *Hist. Rom.*, VIII, p. 86.

(2) Id. op. cit. VIII, p. 87.

(3) Id. op. cit. VIII, p. 87.

développement et l'organisation se compléter au début de l'époque impériale (4).

§ I. — *Du personnel judiciaire.*

Sous Auguste, l'idée de Jules César passe tout entière dans les faits, et la magistrature arrive ainsi à présenter, au point de vue de son personnel, un caractère d'une originalité saisissante. Les diverses charges, tout en continuant à être exercées par des fonctionnaires distincts, étaient cumulées par l'empereur et concentrées en lui, de sorte qu'il avait pour collègues les magistrats des divers ordres et des divers rangs. Auguste sut, notamment, amener successivement le peuple à lui donner à perpétuité la puissance tribunitienne, la puissance proconsulaire (an. 727) et la puissance consulaire (an. 731). Nous verrons bientôt comment cette situation fut de nature à faciliter l'introduction dans la procédure Romaine de l'*appellatio*.

En outre, Auguste établit quelques nouvelles charges, mais en affectant soigneusement le dessein de se borner à combler les lacunes de l'ancienne organisation. C'est ainsi que, sous son règne, l'antique dénomination de *præfectus urbi* correspondit à des fonctions toutes différentes. Bien avant Auguste, il est question d'un magistrat portant ce titre ; mais, anciennement, la personne ainsi désignée était celle qui, en temps de guerre, lorsque le roi, et, plus tard, les consuls devaient s'absenter à la tête des armées, était transitoi-

(4) Id. op. cit. VIII. p. 89.

rement préposée à la défense de la ville et à l'administration de la justice, tandis que le titre de *præfectus urbi* représente, à partir d'Auguste, une fonction permanente et locale. Le préfet de la ville, qui d'ailleurs n'avait qu'un pouvoir de juridiction très-limité (1), avait notamment mission de statuer sur les appels du second degré qu'on interjetait des sentences rendues à Rome. Quant aux provinces, Auguste établit pour chacune d'elles un *vir consularis* résidant à Rome, chargé du même soin (2).

Au commencement de l'empire, le nombre des préteurs fut augmenté : Jules César l'avait porté à douze, Auguste l'éleva à seize (3).

Vers la même époque, les *decemviri* furent mis à la tête du tribunal centumviral, dont la direction avait jusqu'alors appartenu aux exquesteurs (4). Il est même probable que ce fut alors seulement que les *decemviri* devinrent des magistrats ; toujours est-il que les textes ne les qualifient tels qu'à partir d'Auguste (5).

Cet empereur attribua encore aux consuls, concurremment avec le *prætor fideicommissarius*, qu'il institua spécialement à cet effet, la connaissance des litiges relatifs aux codicilles et aux fidéicommiss (6).

(1) Zimmern, traité des actions, p. 13.

(2) Keller, De la Procédure civile et des actions, p. 388.

(3) Bonjean, Traité des actions, I, p. 92.

(4) Zimmern, op. cit. p. 40 et 44.

(5) Id. op. cit. I, p. 39.

(6) Bonjean op. cit. I, p. 141.

Le conseil privé que s'attacha Auguste doit être considéré comme une annexe et un complément de la magistrature impériale. Les attributions de ce conseil étaient complexes. Il ne connaissait qu'officieusement des affaires judiciaires. Cependant il exerçait, en réalité, une influence considérable sur les décisions de la juridiction suprême de l'empereur. Auguste avait eu le soin de le composer de magistrats et de jurisconsultes éminents dont il ne manquait pas de consulter les lumières dans les cas difficiles (1).

Le mode de recrutement des juges fut aussi, sous Auguste, l'objet d'une importante réforme. L'*album judicum*, jusqu'alors particulier aux affaires criminelles, fut étendu aux matières civiles (2). A la fin de la République, trois listes de juges (*decuriæ judicum*) étaient dressées chaque année par le préteur et affichées au forum. Auguste en porta le nombre à quatre, en formant la nouvelle *ex inferiori censu*, les personnes qui la composaient (*ducenarii*) n'ayant que deux cents sesterces de fortune (3). D'ailleurs, sous le règne de cet empereur, le nombre des juges fut élevé à

(1) Bonjean, op. cit. I, p. 134. — Auguste avait appelé dans ce conseil les deux consuls, un magistrat de chaque grade, et quinze sénateurs tirés au sort d'abord tous les six mois et plus tard tous les ans. V. Fresquet, Traité élément. de Dr. rom. II, p. 418.

(2) Van Wetter, cours élément. II, p. 470.

(3) Zimmermann, op. cit. p. 27. — De Fresquet énumère plusieurs autres explications qui ont été proposées de l'expression *ducenarii*. Mais elles nous paraissent beaucoup moins naturelles que celle rapportée au texte. Tr. élém. de Dr. Rom. II, p. 421.

mille (1). En outre, Auguste avança de cinq ans l'âge requis pour en exercer les fonctions. Cet âge fut donc désormais trente ans (2).

Les abus qui discréditaient la profession d'avocat ne pouvaient rester inaperçus. La loi *Cincia* qui interdisait aux *causidici* de recevoir des présents *ad causam orandam* n'était plus, en pratique, jamais appliquée. Auguste la remit en vigueur, en rendant un sénatus-consulte qui en punissait la violation de la peine du quadruple. Mais cette sanction elle-même ne put faire cesser le désordre (3).

La plupart des réformes précédentes furent probablement opérées par la *lex Julia judiciaria de judiciis privatis* ; mais la perte à peu près complète du texte de cette loi fait obstacle à toute affirmation sur ce point.

§ II. — De l'abolition des LEGIS ACTIONES.

La même cause nous empêche de pouvoir déterminer quelle fut la part d'Auguste dans l'abolition du système des *legis actiones* et dans la substitution qui lui fut faite de la procédure formulaire. Cette évolution avait été certainement commencée par la loi *Æbutia*. Mais les dispositions de cette loi nous sont également inconnues. Il est donc impossible, même par déduction, de préciser ce qu'il restait à accomplir pour que

(1) Zimmermann, op. cit. p. 28.

(2) id. id. p. 34.

(3) id. id. p. 481.

la transformation fût consommée (1). De plus, la difficulté est compliquée par le doute qui existe relativement à la date de la *lex Julia judiciaria de judiciis publicis*, loi qui, au dire de Gaius, contribua aussi au développement de la procédure formulaire, et qui est attribuée par les uns à Jules César, et par les autres à Auguste (2). Si, avec la majorité des historiens, on la place sous Jules César, quels étaient les débris des *legis actiones* qui subsistaient sous Auguste? Dans l'état actuel des textes, le problème est insoluble.

§ III. — De l'APPELLATIO.

L'innovation la plus remarquable du règne d'Auguste, en matière de procédure civile, est sans contredit l'extension de l'*appellatio*. En vertu d'un antique principe de droit public, tout magistrat, pourvu de l'*imperium* ou de la *potestas*, pouvait opposer son veto à l'exécution de la sentence du magistrat qui lui était égal ou inférieur. C'était ce qu'on appelait le *jus intercedendi*. Toutefois, cette intervention n'avait qu'un effet négatif. Elle servait à paralyser le décret attaqué, mais ne pouvait pas lui en substituer un nouveau. Ce n'était donc pas une réformation (3); ce n'était même

(1) Un des auteurs qui sont le plus affirmatifs sur ce point, M. Accarias, estime que « la *pignoris capio* survécut à la loi *Æbutia* au moins dans quelques-unes de ses applications, » mais il ne précise pas la portée de cette restriction, II p. 826.

(1) De Fresquet, op. cit. II, p. 417.

(2) Keller, De la Procédure civile et des actions, p. 386.

pas, comme on le dit quelquefois à tort, une cassation, du moins dans le sens moderne du mot, car la décision était maintenue, quoique paralysée. Les choses n'étaient point remises dans l'état primitif, et les parties ne se retrouvaient pas dans une situation qui admit une nouvelle solution. L'appel, tel que nous le comprenons aujourd'hui, était encore à créer. L'*intercessio* n'avait de commun avec lui que l'effet suspensif (1).

Nous avons dit plus haut que Jules César en avait entrevu le principe, et qu'il avait même commencé à en faire l'application. Mais la procédure de l'appel ne put fonctionner d'une façon vraiment utile que sous Auguste.

L'origine de l'*appellatio* a grandement préoccupé les historiens. Est-elle une institution absolument indépendante des vieilles traditions ? N'est-elle pas, au contraire, la simple transformation d'un usage déjà ancien ? Dans le cas de l'affirmative, est-ce à l'*intercessio* qu'il faut la rattacher ? N'est-ce pas plutôt à la *provocatio* ?

Suivant Bonjean, l'*appellatio* ne fut pas la conséquence de l'attribution aux empereurs de la puissance tribunitienne, laquelle comportait le *jus intercedendi*. En effet, l'*intercessio* constituait uniquement un droit de *veto*, et non un droit de réformation, caractère qui la distinguait essentiellement de l'appel. D'ailleurs, passant sous silence le point de savoir si l'*appellatio* ne puise pas son origine dans la *provocatio*, Bonjean y voit une conséquence du principe monarchique qui

(1) Tambour, Des voies d'exécution, I, p. 58.

faisait considérer l'empereur comme le centre suprême de la juridiction (1).

Mais cette opinion n'a trouvé que peu de partisans. Elle est incompatible avec le respect qu'Auguste affecta toujours pour les anciens usages et le soin qu'il mettait à les rattacher au passé. Puis Bonjean part de l'idée que le *jus intercedendi* n'était qu'un droit de veto ; or, nous verrons bientôt que cette proposition est inexacte.

Zimmern fait remarquer que la *provocatio*, pratiquée depuis un temps immémorial dans les procès criminels, produisait déjà une véritable réformation. D'où il conclut que, pour instituer l'*appellatio*, César et Auguste n'eurent qu'à transporter cette voie de recours en matière civile (2).

Savigny a pensé que ce n'était pas dans la *provocatio* qu'il fallait chercher le germe de l'*appellatio*, l'une étant particulière aux affaires criminelles et l'autre d'un usage général. A son avis, si l'*appellatio* avait eu cette origine, Auguste aurait paru vouloir empiéter sur le pouvoir du peuple, car c'était aux comices que l'on s'adressait dans la *provocatio*. Tout au moins eût-il établi entre le peuple et lui une assimilation qui eût été de nature à éveiller des susceptibilités jalouses et à lui susciter des périls. Pour Savigny, l'*appellatio* dérive de l'*intercessio*. Chez l'empereur, le *jus intercedendi* avait un caractère tout nouveau : il était général, car l'empereur étant le collègue de tous les

(1) Op. cit. II, p. 515.

(1) Op. cit. p. 493. — Voir aussi Accarias, II p. 893, note 1.

magistrats, pouvait *intercedere* contre tous les décrets. Il s'étendait même aux décisions rendues par les magistrats des provinces du sénat, l'empereur étant l'égal des proconsuls de ces provinces. De plus, à la différence des tribuns du peuple qui n'étaient nommés que pour un an, l'empereur avait un pouvoir viager. Après avoir rappelé ces particularités, Savigny en tire la conséquence suivante : l'empereur appliquant son droit d'intercession d'une manière générale et régulière, cette circonstance fit participer *l'appellatio* à la nature de la *provocatio* (1).

Ce raisonnement est plus ingénieux que logique. S'il montre comment l'on en vint à considérer *l'intercessio* comme un recours toujours ouvert, et non plus comme une faveur, il n'explique nullement les effets de *l'appellatio* si différents de ceux de *l'intercessio*.

Mommsen nous paraît avoir beaucoup mieux compris l'origine de l'appel. Il fait observer que sous la République, *l'intercessio* pouvait se présenter dans deux conditions bien différentes. Elle avait lieu, en effet, tantôt en vertu de la *par majorve potestas*, tantôt par suite de la délégation d'un pouvoir faite par un magistrat à son inférieur. Dans le premier cas, elle ne produisait qu'un obstacle à l'exécution de la sentence, mais, dans le second, elle constituait une véritable réformation. Or, sous Auguste, le pouvoir suprême fut partagé entre l'empereur, le sénat et les magistrats. Pour l'Italie et les provinces du sénat, l'intervention contre les décrets des magistrats compétait au sénat

(1) *System*, t. VI, app. XV p. 500.

et aux consuls, et l'empereur l'exerçait pour les provinces qui lui étaient spécialement attribuées. Auguste et ses successeurs n'eurent qu'à généraliser peu à peu ce qui se passait à l'égard des *legati juridici* pour donner, sans changement brusque, à l'*intercessio* son nouveau caractère (1). Ce système aboutit au même résultat que celui de Savigny, mais pour d'autres motifs.

Quoiqu'il en soit, on faisait d'abord appel, que ce fût dans les provinces ou à Rome, du *judex* au magistrat qui l'avait institué; puis, à Rome, de tous les magistrats au *præfectus urbi*, et enfin de celui-ci à l'empereur, ou bien plus tard, probablement au préfet du prétoire. En Italie, on en appelait au second degré, des *decemviri* aux *virii consulares*, et de ces derniers à l'empereur (2).

Il est intéressant de remarquer que d'ores et déjà, en établissant l'*appellatio*, Auguste préparait une nouvelle transformation de la procédure en général et l'avènement de la procédure extraordinaire. Dans le système formulaire, le magistrat examinait la question de droit, et le *judex* la question de fait. L'empereur, au contraire, quand il statuait comme juge d'appel, les tranchait l'une et l'autre. Il agissait de même dans les causes dont il était saisi en première instance. Les magistrats qu'il avait institués l'imitèrent bientôt à ce point de vue, surtout dans les cas visés

(1) Manuel de Droit public Romain.

(1) Keller, op. cit. p. 388.

par de récentes dispositions, si bien que Dioclétien crut devoir généraliser le procédé (1).

=====

(1) Maynz, op. cit. I p. 264, 4^e édit.

CONCLUSION

Le but des réformes que nous venons d'exposer était évidemment la moralisation d'une société en décadence. Cette considération rend l'œuvre d'Auguste digne d'une certaine estime, l'empereur s'inspirât-il, dans ses plans de régénération, d'un sentiment d'orgueil, plutôt que d'un amour réel de la patrie. Peut-être est-il exact de dire que pour Auguste, comme pour tant d'autres acteurs de la scène politique, les deux sentiments se confondaient, et qu'il croyait servir Rome en se servant lui-même. Par un complaisant mirage de l'ambition, bien des hommes se persuadent que le sort de leur pays est directement lié au leur. Il est si doux de s'imaginer que la grandeur nationale vous oblige de songer à la vôtre !

Remarquons, en outre, au point de vue particulier de cette étude, que lorsque les empereurs romains s'inspirèrent des idées chrétiennes, les premiers points sur lesquels ils portèrent leur attention, furent précisément ceux qui avaient été l'objet des réformes législatives d'Auguste. Sous l'influence évangélique, c'est encore le sort des esclaves, des fils de famille, des femmes, qui est adouci selon les principes de l'équité

et de la nature (1). Cette coïncidence fait le plus grand honneur à Auguste. Il avait condamné les désordres contre lesquels devait plus tard s'élever le fondateur du christianisme. Mais, s'il travailla puissamment à démolir, la religion nouvelle pouvait seule reconstruire. C'est là ce qui nous servira à caractériser l'œuvre d'Auguste : ce prince ne fit que reconnaître l'ébranlement du vieil édifice social et hâter sa ruine. Il trahit sa faiblesse quand il voulut édifier. Il ne mérite donc pas le titre de fondateur. Mais, quand on songe aux événements qu'il préparait, son rôle de précurseur, tout inconscient qu'il était, ne manquait pas de grandeur. Auguste fut vraiment digne d'être mêlé à cette évolution sociale dont il précipita la marche sans prévoir le but ni les effets.



(1) Troplong, de l'Influence du christianisme, passim.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	p. 9
CHAPITRE I. — Des lois <i>Julia de maritandis ordinibus</i> et <i>Papia Poppæa</i>	16
Historique	Id.
§ 1. — Des interdictions de mariage et des <i>sponsalia</i>	21
§ 2. — Du <i>concubinatus</i>	25
§ 3. — Du divorce.....	28
§ 4. — Des secondes nocces.....	31
§ 5. — De la tutelle des femmes.....	34
§ 6. — Du système caducaire.....	37
§ 7. — Du système décimaire.....	46
CHAPITRE II. — De la dot et spécialement de la loi <i>Julia de fundo dotali</i>	52
CHAPITRE III. — Des lois d'Auguste sur les affranchissements	61
§ 1. — De la loi <i>Junia Norbana</i>	63
§ 2. — De la loi <i>Ælia Sentia</i>	70
§ 3. — De la loi <i>Fusia Caninia</i>	78
CHAPITRE IV. — De la condition du <i>filiusfamilias</i> ...	81
Remarque préliminaire.....	Id.
§ 1. — Du <i>peculium castrense</i>	82
§ 2. — De la condition du <i>filiusfamilias</i> quant à sa personne	84

CHAPITRE V. — De la condition des débiteurs.....	p. 86
§ 1. — Du paupérisme au début de l'empire.....	Id.
§ 2. — De la <i>cessio bonorum</i>	87
A. Qui pouvait l'invoquer	89
B. De ses effets	90
CHAPITRE VI. — Des codicilles et des <i>fidéicommiss</i> ...	93
CHAPITRE VII. — De la justice civile	100
Observation préliminaire	Id.
§ 1. — Du personnel judiciaire	101
§ 2. — De l'abolition des <i>legis actiones</i>	104
§ 3. — De l' <i>appellatio</i>	105
Conclusion	111



Théorie traditionnelle des Statuts

OU

PRINCIPES DU STATUT RÉEL ET DU STATUT PERSONNEL

D'APRÈS LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

« Peut-on séparer le code civil de la tradition, dans une matière toute traditionnelle, alors que les auteurs du Code, imbus du droit traditionnel, ont entendu le consacrer? »

F. LAURENT : *Le Droit civil international*, t. 2, n. 171, p. 317.

Introduction.

I. — Au XVIII^e siècle, Boullenois, signalant les inconvénients pratiques de la *réalité*, regrettait que les *grands principes* ne lui permissent pas de donner la prépondérance à la personnalité (1). Les scrupules de ce jurisconsulte peuvent paraître exagérés. Quand il écrivait, la théorie des statuts était flottante, absolument livrée à l'évolution scientifique. Depuis qu'elle avait été formulée par Dumoulin, elle n'avait pas cessé de se modifier graduellement. La part de la personnalité, d'abord nulle, s'était peu à peu accrue, du moins dans le domaine des faits. Boullenois, *réaliste* en principe, ne croyait pas pouvoir se dispenser de distinguer

(1) Dissertation sur les quest. mixtes, p. 27-29 et 39.

des statuts personnels. Mais, d'un autre côté, il estimait impossible, en dehors d'une réforme législative, d'étendre autant qu'il le jugeait nécessaire, le principe de la personnalité.

Aujourd'hui de pareils scrupules sont légitimes ; et ils ont précisément acquis ce caractère par le fait de la réforme législative de 1804. Le Code, en consacrant sommairement l'ancienne doctrine, a arrêté la transformation progressive de la théorie, et enchaîné la liberté de l'interprète.

Quand Portalis, au Corps législatif, déclarait que la nouvelle législation renfermait à l'égard de la personnalité et de la réalité une distinction *toujours* admise, quand le tribun Grenier voyait dans l'art. 3 des principes *enseignés par tous les publicistes*, quand le tribun Faure disait que ce texte se référerait à une *matière connue sous le nom de statuts personnels et de statuts réels*, n'est-il pas manifeste que ces orateurs visaient une doctrine traditionnelle ? (1) L'affirmation n'est pas contestable. L'art. 3 n'est qu'un renvoi au passé. Si on lui refuse ce caractère, il devient insuffisant, énigmatique, inexplicable. Quels étaient donc, selon les rédacteurs du Code, les éléments constitutifs de la tradition ? C'est ce que nous nous proposons d'é-

(1) Fenet, vi, p. 356, 374 et 385. — Au moment même où cette dissertation allait être mise sous presse, le deuxième volume du *Droit civil international*, par M. Laurent, nous est parvenu. Nous sommes heureux de voir que le savant professeur insiste comme nous sur le caractère éminemment traditionnel de la théorie des statuts : « Les travaux préparatoires, dit-il, ne laissent aucun doute sur ce point. » (P. 67, n. 40). C'est aussi notre avis.

tablir dans cette dissertation. Il nous faut rechercher quel est, en cette matière, le système qui se dégage de cinq siècles de perpétuelles controverses, depuis les glossateurs jusqu'à Bouhier. Il nous faut examiner quelles étaient, à côté des idées réprouvées, des théories personnelles et isolées, des opinions de minorités insignifiantes, les propositions généralement reçues et que les rédacteurs de 1804 devaient naturellement avoir en vue quand ils invoquaient la doctrine traditionnelle. On le voit, la base de cette étude est essentiellement historique. Ce caractère lui est imposé par le procédé du législateur.

M. Fiore reproche aux jurisconsultes français de trop s'attacher, dans l'étude des statuts, aux errements du passé. M. Brocher relève cette critique, et déclare que, selon lui, les interprètes méritent le reproche opposé. Pour nous, le second de ces auteurs est incontestablement dans le vrai (1).

Nous ne nous dissimulons pas que la méthode historique, rigoureusement appliquée à notre sujet, nous conduira à des conséquences peu en harmonie avec le courant actuel du droit international. Mais la faute ne saurait nous en être imputée. Elle revient tout entière au législateur. D'ailleurs, interroger scrupuleusement l'histoire est ici le seul moyen d'éviter l'arbitraire. Si l'art. 3 ne consacre pas la tradition, il ouvre le champ à toutes les hypothèses et à toutes les fantaisies.

(1) Nouveau traité de droit international privé, n° 54, p. 173.

II. — L'origine du droit international ne remonte qu'à l'invasion des barbares. Dans l'antiquité, l'étranger était considéré comme ennemi. A son égard, la seule loi pratiquée était celle de la force. Elle excluait toute possibilité d'un droit international. Le commerce lui-même ne pouvait, dans les temps antiques, servir de lien entre les peuples. On trafiquait les armes à la main, et le commerce s'alliait à la piraterie. Quand les Phéniciens fondaient leurs colonies, ils détruisaient les villes environnantes pour empêcher la concurrence (1).

Sans doute la violence n'était pas moins en honneur chez les conquérants germains. Mais entre eux et les Grecs ou les Romains existait une grande différence. A Rome ou dans les républiques grecques, le citoyen avait des droits ; mais l'homme, pris en lui-même, n'en avait pas. La cité absorbait l'individu. Parmi les Germains, au contraire, régnait au plus haut point le sentiment de l'individualité, d'autant plus vif que les droits de l'État y étaient absolument inconnus. Les Romains confondaient la personnalité des vaincus dans la cité, ou les réduisaient à l'esclavage. Les barbares laissent subsister leur individualité. Ce n'était pas, il est vrai, par respect ni par équité, et leur intention était même de perpétuer le souvenir d'une origine défavorable. Mais le fait eut néanmoins les meilleurs résultats. Il amena des rapports entre législations différentes, et accrédita cette idée que les lois sont faites d'après les caractères des races.

(1) Laurent, *Le Droit civil international*, t. 1^{er}, ch. 1^{er} *l'Antiquité*.

III. — Quelle était, dans la première partie du moyen âge, la portée du système de la personnalité? Les lois étaient alors personnelles en ce sens que les membres des diverses peuplades qui étaient alors en rapport les unes avec les autres sur le territoire franc, devaient nécessairement, et quelle que fût leur volonté à cet égard, être jugés d'après leurs lois nationales et par des juges de leur nation, et il en était ainsi non-seulement pour les dispositions de droit civil, mais encore pour les règles de droit pénal. Le principe était appliqué sans réserve. Sa portée était absolue.

IV. — Montesquieu a pensé que la personnalité des lois était déjà pratiquée par les Francs dans les forêts de la Germanie (1). Mais ce système n'était pas compatible avec la manière dont les barbares traitaient alors les étrangers qu'ils assimilaient à peu près aux esclaves, d'autant plus que, sans considération de lieu de naissance ni de nationalité des parents, était étranger à leurs yeux tout individu qui n'était pas rattaché à une de leurs communautés par des rapports de fidéjussion active et passive. De plus, la personnalité des lois suppose quelques habitudes commerciales et, plus généralement, le sentiment de la nécessité de correspondre avec les autres peuples : toutes choses absolument inconnues des barbares avant la conquête des Gaules. Il est même à remarquer que, dans les premiers temps qui suivirent l'invasion, deux lois seulement étaient admises par les Francs : leur loi et celle des vaincus.

(1) *Esprit des lois*, liv. 28, ch. 2, *in fine*.

Leurs rapports avec les Wisigoths, les Alemans, les Burgondes, les Bavares et les Saxons étaient trop rares, pour qu'ils fussent amenés à reconnaître à ces tribus le droit de vivre sous l'empire de leurs lois particulières.

Ce ne fut que plus tard, et lorsqu'ils les eurent également soumis, qu'ils leur appliquèrent le système de la personnalité (1).

V. — D'ailleurs, contrairement à ce qu'ont écrit plusieurs historiens, la personnalité des lois n'était point facultative pour les vaincus; encore moins avait-elle le caractère de faveur; c'était une règle imposée par les vainqueurs, une manière de perpétuer, dans le règlement des rapports de droit, le souvenir d'une origine défavorable. Tant il est vrai qu'elle exprimait le dédain qu'avaient les Francs pour leurs vaincus et le fier dessein de maintenir ce qui pouvait les en distinguer (2) Nous verrons que lorsque, au XIII^e siècle, l'idée de personnalité reparaît dans l'histoire de notre ancien droit, elle se présente au contraire comme une faveur.

(1) Moser, *Hist. d'Osnabruck*, t. 1., liv. 1, § 41. Rogge, *Hist. du Droit des Germains*, Halle, 1820, p. 53. De Savigny, *Hist. du Dr. Rom. du moyen-âge*, t. 1, p. 90. Pardessus, *Loi Salique*, dissert., sec. p. 440. — Cette opinion est aussi celle de Grimm qui croit cependant qu'il était fait exception au principe en faveur de quelques peuples voisins. *Antiquités du Droit Allemand*, Göttingue, 1828, p. 398.

(2) Voir les autorités en sens contraires dans Pardessus, *Dissert.* précit. p. 443.

VI. — On ne saurait assigner à la période de la personnalité des lois une limite finale absolument précise. Dès le milieu du IX^e siècle, la décadence de ce système était des plus marquées, comme le prouve le capitulaire de Charles-le-Chauve, de 864 (1). Mais il ne disparut complètement que dans le cours du siècle suivant. Cette évolution se produisit sous l'influence de causes diverses. Les races s'étaient peu à peu mélangées, les peuplades confondues. Cette circonstance empêchait souvent qu'on ne pût reconnaître quelle était la loi d'origine des plaideurs. Souvent aussi, en supposant cette constatation possible, la loi personnelle était insuffisante pour régler les rapports juridiques qui répondaient aux exigences de la nouvelle organisation sociale.

D'ailleurs, la féodalité devait aboutir nécessairement à la suppression de la personnalité des lois. D'une part, les habitants du territoire franc s'étaient, abstraction faite de la diversité des races, groupés en sociétés distinctes autour des possesseurs de fiefs; or, la condition si misérable des serfs ou mainmortables, en supprimant chez l'individu l'indépendance et la dignité, ne laissait plus de base à la distinction des races. Le despotisme des seigneurs fut bientôt tel qu'il leur répugnait d'attacher assez d'importance à la personne des serfs pour daigner se préoccuper de leurs différences d'origine. D'un autre côté, lorsque les chartes d'immunités, dont la principale conséquence était d'attribuer à leurs concessionnaires le

(1) Chap. XIII, XVI, XXIII, XXXI,

droit de rendre la justice, furent devenus héréditaires, les seigneurs se dégagèrent de la loi générale pour former une jurisprudence et introduire des usages qui étaient censés le mieux répondre aux besoins des associations féodales.

VII. — Une fois que ces hommes primitifs eurent compris qu'en s'attachant au sol et en fixant à demeure le siège de leurs intérêts communs, ils deviendraient plus forts, ils apportèrent à la défense du territoire l'énergie qu'ils avaient jusqu'alors déployée pour la sauvegarde de leur indépendance personnelle. Dans leurs idées, le propriétaire communiquait au sol son individualité farouche. Les deux mobiles qui secondèrent cette nouvelle tendance étaient chez les uns la soif de domination et chez les autres le besoin de protection. Ces deux idées, exagérées comme toutes celles qui commencent à se faire jour, surtout pendant la formation des sociétés, aboutissaient directement à la territorialité des lois. Aussi nos vieilles coutumes furent-elles d'abord souveraines dans leurs ressorts, où, d'ailleurs, elles étaient étroitement renfermées. Nous devons préciser le sens du vieil adage *toutes coutumes sont réelles*. Son influence a été considérable dans le développement de la théorie des statuts. Guy-Coquille, recherchant l'origine de cet axiome, a pensé qu'il nous venait d'Italie. Les glossateurs enseignaient que le droit romain était la règle commune. Ils en concluaient que toutes les fois que les statuts municipaux lui étaient opposés, ils devaient être renfermés dans le territoire et ne régir que les indigènes, ce qui revenait à leur refuser en principe

toute extension. La maxime *toutes coutumes sont réelles* s'expliquerait donc par l'assimilation inexacte que nos jurisconsultes auraient faite de nos coutumes avec les statuts italiens. Nos lois locales auraient été proclamées territoriales par respect pour le droit romain, qui seul, en sa qualité de législation universelle et supérieure, ne connaissait pas de limites. D'ailleurs, Guy-Coquille tournait en ridicule ceux qui avaient imaginé d'attribuer en France au droit romain un rôle aussi important (1).

La supposition de ce jurisconsulte doit être écartée. L'adage *toutes coutumes sont réelles* a une origine absolument différente. Il dérive de la féodalité. Au début, les coutumes n'étaient qualifiées réelles que parce qu'elles étaient souveraines. L'adage, sainement interprété, marque l'excessive autorité que reçurent, dans le principe, nos lois locales, et non l'état d'infériorité où on les auraient tenues par rapport au droit romain (2).

VIII. — Le système de la territorialité absolue se maintint plusieurs siècles en France. Il avait pu s'y enraciner profondément, n'y ayant rencontré aucune influence contraire. Il en fut autrement en Italie; son territoire avait été sans doute, lui aussi, enveloppé dans ce vaste réseau de fiefs qui couvrait l'Europe du

(1) Institutions au droit français, Œuvres t. II, p. 81 de l'*Institution*.

(2) Bouhier, Observ. sur les cout. du duché de Bourgogne, ch. XXXIII, n 28, Œuvres t. I, p. 659, Laurent, op. cit. I, 51, 342, 409 et 385.

moyen âge. Mais l'absolutisme des seigneurs y avait rencontré un puissant obstacle, le commerce. L'Italie était essentiellement commerçante. Ses fameuses républiques formaient des collectivités étrangères à l'organisation féodale. Un fait caractérise bien l'impuissance relative dont fut frappée, en Italie, la féodalité : les seigneurs crurent utile et politique de se faire recevoir bourgeois des grandes cités ! Mais le trafic avec les autres peuples éveille nécessairement l'esprit de cosmopolitisme et inspire le respect des droits de l'étranger. Aussi, dès le XII^e siècle, voyons-nous apparaître en Italie une nouvelle conception de la personnalité des lois. Ce n'est plus, comme chez les barbares, l'expression d'un dédain et le moyen de perpétuer le souvenir d'une origine humiliante, mais bien la marque d'un sentiment favorable.

IX. — L'introduction de cette nouvelle idée dans les relations juridiques est due aux glossateurs. Ils crurent en découvrir les traces dans des fragments du Digeste et du code de Justinien. En cela, leur erreur était certaine. Mais leur aveugle admiration pour les jurisconsultes de Rome les poussa à proclamer énergiquement une idée qu'ils croyaient leur emprunter. Cependant, en sens inverse, ce respect excessif pour le droit romain les empêcha de donner au nouveau principe une extension suffisante. Les glossateurs enseignaient que les empereurs d'Allemagne avaient, comme héritiers des Césars, droit au gouvernement de l'univers : « Un Dieu, un Pape, un Empereur ! » La célèbre maxime les inspirait avant tout. Le droit romain était, dans l'ordre juridique,

l'expression de cette unité. Il constituait donc le droit commun universel. Que parlait-on de lois particulières opposées à cette législation ! Sans doute, le droit romain n'était pas appliqué dans tous les pays. Mais ce n'était là qu'un état de fait. Les statuts locaux n'étaient que des *pactes*. En cette qualité, ils ne pouvaient porter atteinte ni aux bonnes mœurs, ni aux règles d'ordre public, ni au droit romain, cette législation supérieure à toutes les autres et même d'institution divine ! Cette idée ne laissait pas grande place à l'application des statuts. Ils ne suivaient la personne hors du territoire que pour combler les lacunes de la loi romaine. Et, sur le territoire, ils ne pouvaient être invoqués par un étranger lorsqu'ils étaient en opposition avec cette législation. Cette circonstance suffisait toujours pour les faire écarter, nonobstant, par exemple, la règle *locus regit actum*, quand il était simplement question des formes instrumentaires d'un acte.

X. — Le rôle que les glossateurs attribuaient à l'empire d'Allemagne et au droit romain, aurait dû logiquement leur faire décider qu'il n'y avait pas d'étrangers. Tous les hommes auraient dû être réputés sujets de l'empereur. Les glossateurs reculèrent devant cette conséquence de leur principe. Ils n'accordèrent qu'à certains étrangers privilégiés la jouissance des droits civils. Dans les premiers temps, ils limitèrent l'exception aux marchands et aux étudiants qu'attirait de tous les points de l'Europe la renommée des universités italiennes. Mais, dans la suite, le mouvement qui se manifesta dans plusieurs grandes villes,

notamment à Bologne, en faveur de l'affranchissement des serfs, détermina un mouvement parallèle au profit des étrangers. Ces derniers pouvaient-ils être considérés comme n'ayant pas autant de droit à une individualité civile ? Le cosmopolitisme finit même par trouver un partisan dans l'empereur. Au XIII^e siècle, Frédéric II rendit un édit qui déclarait les étrangers capables de succéder et de disposer de leurs biens. C'est sous l'influence combinée de ces divers événements que se développa la théorie des statuts. Au début, les glossateurs eurent probablement une tendance à faire dominer la réalité. Mais bientôt un revirement se produisit, en ce sens que lorsque le statut n'était pas contraire au droit romain, mais alors seulement, il se montraient disposés à le déclarer *favorable* et, en conséquence, personnel ; aussi, lorsque leur théorie se fit jour en France, nos jurisconsultes leur reprochèrent un parti-pris en faveur de la personnalité.

XI. — La distinction des statuts a donc pris naissance en Italie. Elle fut importée chez nous par ceux de nos vieux jurisconsultes qui étaient allés, selon l'expression du temps, étudier au-delà des monts. Dumoulin, en commentant les *Conseils* de deux glossateurs, Decius et Alexandre, a relié directement les statutaires français à l'École Italienne. Voilà pourquoi il nous était indispensable, bien que nous nous renfermions dans la recherche de la tradition française, d'emprunter notre point de départ à l'histoire du droit italien.

XII. — Il est des plus intéressant de noter dans quelles circonstances la distinction des statuts prévalut chez nous. En la formulant, les glossateurs avaient forgé une arme contre la féodalité. C'est même à l'occasion de la résistance que le commerce italien opposa à l'envahissement de l'esprit féodal, qu'ils songèrent à la proclamer. Il semble que nos légistes n'avaient de raison de s'approprier cette théorie qu'à l'époque où ils auraient pu, eux aussi, y puiser un moyen d'opposition. Il n'en fut rien cependant. La personnalité des lois n'apparut dans la jurisprudence française qu'au XIII^e siècle, lors de l'émancipation des communes et au moment où la monarchie, qui luttait contre la féodalité depuis plus d'un siècle, était déjà sûre de son triomphe. Ce phénomène historique s'explique facilement. Chez nous la féodalité ne s'était pas heurtée, comme en Italie, à de grandes cités commerçantes, et n'avait pas rencontré ces aspirations cosmopolites dont le triomphe de la personnalité n'avait été que la conséquence (1).

XIII. — Malheureusement, en s'introduisant tardivement en France, la théorie des statuts devait y avoir un mauvais résultat. Nos légistes rattachèrent le principe de la réalité des lois au système de la territorialité tel que l'avait conçu le moyen âge, ce qui perpétua l'autorité de l'adage *toutes coutumes sont réelles*,

(1) Nous nous sommes directement inspiré, dans les numéros VIII-XII, des pages magistrales que M. Laurent vient de publier sur l'inauguration de la personnalité dans le droit des glossateurs. V. *Le Droit civil international*, t. 1^{er}, p. 273-297, n^{os} 199-213.

alors qu'il aurait dû disparaître devant le triomphe de la monarchie. C'est surtout grâce à la théorie des statuts que la féodalité civile a survécu en France à la féodalité politique.

XIV. — Bartole, ce fameux professeur italien, est le premier qui se soit efforcé de trouver une base générale à la distinction des statuts. Avant lui, les juristes d'Italie n'avaient guère procédé dans l'étude de la question que par examen d'espèces, et n'avaient pu ainsi dégager les principes de la matière. Ils paraissent bien s'être accordés à renfermer dans le territoire les statuts *défavorables* ou *odieux*, et, au contraire, à étendre l'application des statuts *défavorables*. Mais cette idée si vague n'était point susceptible, comme l'expérience l'a démontré, de donner en pratique des résultats satisfaisants. L'origine scientifique de la question ne remonte donc vraiment qu'à la première moitié du XIV^{me} siècle. Bartole a formulé sa théorie sous la loi *Cunctos populos*, au Code, *de summâ Trinitate*. C'était, comme on l'a souvent remarqué, mal choisir le siège de la matière. Mais ce jurisconsulte a eu le tort beaucoup plus grave d'établir la distinction des statuts sur un criterium superficiel et insuffisant; ou plutôt, après avoir compris la nécessité de cette distinction, il n'a su quelle base lui donner. A l'en croire, il faudrait s'attacher à l'arrangement matériel des mots, et qualifier la disposition personnelle ou réelle suivant que la personne ou la chose y est énoncée en premier lieu. En conséquence, cette disposition « *Bona decedentis veniant ad primogenitum* » serait un statut réel, et celle-ci, identique d'ailleurs

quant au fond : « *Primogenitus succedat*, » un statut personnel. Il ne fallait pas moins que l'immense réputation de son auteur, qui, d'après Pasquier, servait de règle à tous les tribunaux de France, d'Allemagne et d'Espagne, pour faire prendre au sérieux cet étrange système. Cependant, dès son apparition, il fut vivement critiqué par Balde, l'élève et le compatriote de Bartole, ainsi que par plusieurs autres jurisconsultes Italiens. Plus tard, en France, Dumoulin déclara n'y voir qu'une *distinctio verbalis* (1). Mais personne ne combattit l'opinion de Bartole avec autant de véhémence et d'indignation que d'Argentre : « *Nihil potest dici futius*, s'écriait-il, *nec quidquam infantius dici poterit.... Pudeat pueros talia aut sentire aut docere, nec viros sapientes oportet ludere sophistica aut præstigiis verborum.* (2). »

Toutefois, bien que plusieurs contemporains de Bartole se soient immédiatement élevés contre son système, le problème de la théorie des statuts demeura stationnaire pendant plus de deux siècles, et l'on peut dire avec Bouhier que, jusqu'à Dumoulin, les anciens n'ont fait que *bégayer sur cet article*.

Bien plus ! la réputation et l'autorité de Bartole étaient si grandes qu'au XVIII^{me} siècle encore son opinion était souvent invoquée devant les parlements, et que Froland, qui écrivait à cette époque, croyait utile de lui consacrer une longue réfutation (3).

(1) L. 1, C. tit. 1. *in verb* Conclusiones de Stat. et consuet. loc.

(2) *Comment. in patr.* Brit. leg., n^{os} 14 et 16.

(3) Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts, I. p. 38.

XV. — L'honneur d'avoir donné la première notion exacte de la personnalité et de la réalité revient donc à Dumoulin. Dans plusieurs endroits de ses ouvrages, mais surtout à propos du livre 1^{er} du Code, § *De statutis et consuetudinibus localibus*, le grand jurisconsulte français a développé un système dont l'idée fondamentale est encore admise par la plupart des jurisconsultes modernes. Mais, bien que les définitions de Dumoulin soient à peu près textuellement reproduites de nos jours, et que, par conséquent, elles aient actuellement pour elle l'autorité d'une tradition incontestable, dès qu'on veut les appliquer à des cas particuliers, le désaccord éclate et l'embarras surgit.

Dumoulin s'exprimait en ces termes : « *Si statutum agit in rem, reale est ; si in personam, personale sit.* » (2) Définition qu'il faut traduire ainsi : Si le statut exerce son action sur la chose, s'il affecte la chose, il est réel ; il est, au contraire, personnel, si son action, si son affectation porte sur la personne. Ces expressions ont le mérite de poser en principe que c'est au fond, et non à la forme des statuts, qu'il faut se référer pour en déterminer la nature. Elles impliquent aussi cette idée, à notre avis absolument exacte, que le statut est nécessairement *constitutif* de la condition juridique de l'élément, personne ou chose, qui lui fournit sa dénomination. Malheureusement, dans un pareil sujet, les termes qu'on emploie, sont toujours vagues. Dumoulin lui-même, il faut bien le dire, n'a

(2) Cons. 53 et Comment : in lib. I. C. *De summa Trinitate*, § de stat. et consuet. loc.

pas suffisamment dégagé l'idée que nous venons d'énoncer, et, dans l'examen de chaque statut en particulier, s'est souvent laissé influencer par des préoccupations toutes différentes.

XVI. — Plusieurs jurisconsultes, contemporains ou successeurs de Dumoulin, remanièrent ces définitions dans l'espoir de les rendre plus précises, mais ils manquèrent absolument leur but ; au lieu de mieux caractériser l'effet capital que doit avoir le statut sur l'objet qui lui donne son nom, ils n'en parlèrent qu'en termes encore plus vagues. En général, ils se bornèrent à insister sur cette idée, beaucoup trop absolue, et même profondément inexacte, que le statut réel ne concerne que les choses, et le statut personnel, que les personnes. Suivant Burgundus, par exemple : « *Statuta realia sunt ea quæ res ipsas dirigunt, a consideratione personæ abstractas; personalia quæ duntaxat personas.* » (1) « Le statut réel, disait Froland, est celui qui concerne les fonds *sans faire attention à ce qui peut intéresser la personne.* » (2) « Le statut personnel est celui qui *regarde uniquement l'état de la personne, indépendamment et abstraction faite de toute matière réelle.* » (3) Ces définitions sont dangereuses en ce qu'elles feraient supposer que le législateur a envisagé les biens en eux-mêmes sans se préoccuper de l'utilité qu'ils pourraient procurer aux person-

(1) In tract. controuv. ad cons. Fland, tr. 1, n° 1.

(2) I. chap. 4, n° 3, p. 52.

(3) I. chap. 5, n° 1, p. 83.

nes, ou qu'il a considéré les personnes autrement que comme sujets de droits, c'est-à-dire comme capables d'exercer leur puissance sur les choses. C'est ce que faisait observer Boullenois dans un passage remarquable dont nous croyons utile de rapporter quelques extraits : « Quant à la nécessité que le statut personnel fasse abstraction de toutes matières et de toutes choses réelles, si l'on examine de bien près la disposition des statuts personnels, on trouvera qu'ils ont leur rapport essentiel aux choses..... En effet, il ne faut pas croire que ces statuts n'aient eu pour objet que de régler la personne prise métaphysiquement et abstraction faite de toute matière ; si on a réglé la majorité des hommes, ç'a été pour fixer l'âge dans lequel ils pourraient contracter par vente, par emprunt, par échange..... »

« Il n'est donc pas vrai qu'un statut personnel soit celui qui règle l'état universel de la personne *abstracte ab omni materia reali* : tous les statuts, même personnels, sont faits *in ordine ad societatem*, et par conséquent ces statuts ont toujours en vue, en réglant l'état de la personne, de le régler par rapport aux biens..... Le statut personnel ne cesse donc pas d'être personnel, quoique fait en vue des biens, *pourvu qu'il affecte la personne et la rende d'un certain état et d'une certaine condition* » (1). Puis, après avoir défini les statuts réels : « Nos auteurs ajoutent dans leur définition que les statuts réels doivent régler les choses

(1) Questions sur les démissions, p. 84 et 85.

a consideratione personæ abstractas, et je ne saurais encore approuver cette restriction.... » Et enfin, après quelques exemples de statuts réels : « Toutes ces dispositions sont-elles faites pour les choses ou pour les personnes ? *Il n'est donc pas possible de faire abstraction des personnes dans les statuts réels* ; au contraire, ces statuts disposent presque toujours en considération de certaines personnes » (1).

Au surplus, Froland lui-même a atténué dans plusieurs passages de ses *Mémoires relatifs aux statuts* les termes trop absolus de ses définitions. Il y a reconnu qu'on ne doit pas avoir égard à l'élément que le législateur n'a envisagé que *secundario*, *par réflexion*, mais tenir compte uniquement de celui sur lequel il a jeté ses *premières vues* (2). D'ailleurs, cette distinction entre les conséquences directes et les conséquences indirectes de la loi aurait été inutile si Froland avait bien compris que le statut est réel ou personnel, suivant qu'il *affecte* la condition juridique des personnes ou celle des choses, le même statut n'étant jamais à la fois *constitutif* de la condition juridique des unes et des autres ; ou, si l'on veut, Froland aurait dû poser en principe que la conséquence de la loi qui est, au point de vue statutaire, réputée conséquence principale, consiste nécessairement en une *affectation* sur la personne ou sur la chose.

XVII. — Déjà, du vivant de Dumoulin, d'Argentré

(1) Op. cit., p. 89.

(2) I, p. 98 à 100 ; conf. p. 91 et 137.

s'était empressé de réviser les définitions de ce jurisconsulte et d'en proposer d'analogues à celles de Burgundus et de Froland ; mais il en avait, en outre, déduit logiquement que les statuts qui ne regardaient pas la personne *abstracte ab omni materiâ reali* (1), *citra adjectionem aut subjectum reale, citra rerum immobilium mixturam* (2), ou qui ne disposaient pas des choses d'une façon également exclusive, devaient former une classe à part : *Casus mixtus est de personis et rebus*.

XVIII. — Mais les effets de la personnalité et ceux de la réalité sont si différents, sont même si manifestement opposés (3), que bien peu de jurisconsultes crurent possible de les rencontrer les uns et les autres dans une même loi. Cette dualité dans les effets est cependant la conséquence nécessaire de la double nature de ces statuts. Burgundus, qui, après quelques hésitations, admit, lui aussi, des statuts de cette nature, estimait du moins qu'ils devaient logiquement produire les deux espèces d'effets. D'Argentré, au contraire, pour éviter les impossibilités pratiques qu'entraînait cette solution, enseignait que les statuts mixtes avaient les mêmes effets que les statuts réels, et la plupart des auteurs qui, dans la suite, se prononcèrent pour les statuts mixtes, se rangèrent à cet avis. Mais alors pourquoi distinguer ces statuts des lois

(1) Comment. in patr. Brit. leg. n° 7.

(2) Op. cit. n° 9.

(3) Demolombe, I p. 89, n° 76.

réelles? Si l'on conclut à l'existence des statuts *mixtes*, leurs effets doivent justifier cette dénomination : ils doivent, eux aussi, être *mixtes*, c'est-à-dire être divers et découler les uns de la personnalité, les autres de la réalité (1). Il est vrai que, dans ce cas, on se heurte en pratique à des difficultés insurmontables ; mais, dans l'autre, l'utilité de la division tripartite disparaît. C'est même cette dernière considération qui seule a porté Rodenburg à repousser les statuts mixtes. C'est là également la raison qui a décidé Bouhier à critiquer la classification de d'Argentré, car le commentateur de la coutume de Bourgogne pensait qu'en théorie et dans leur essence, les statuts devaient effectivement être divisés en trois catégories (2).

XIX. — La vérité c'est qu'il n'est point nécessaire pour qu'un statut soit réel ou personnel qu'il concerne exclusivement la personne ou la chose. Les lois les plus réelles impliquent essentiellement, de la part de leurs auteurs, la préoccupation de l'utilité des personnes (3). L'intérêt des personnes est toujours le seul but des lois, n'y aurait-il aucun doute sur leur réalité. De même les lois les plus personnelles n'envisagent les personnes que dans leurs rapports plus ou moins directs avec les choses (2). Nous ne saurions trop insister sur ce point : si l'on détermine quelle est la

(1) Boullenois, I, p. 126.

(2) Œuvres, t. I, n° 29, p. 658.

(3) Froland, I, p. 91.

(2) Froland, I, p. 137.

conséquence du statut qui sert à la qualifier, et si l'on ne perd pas de vue qu'elle consiste en une action de la loi sur la condition juridique de la personne ou de la chose, la distinction entre les conséquences médiate et immédiates perd tout intérêt.

XX. — On peut dire que la division proposée par d'Argentré fut généralement réprouvée. Rodenburg trouvait plus régulier de s'en tenir à l'ancienne classification. Stockmans se prononça nettement contre les statuts mixtes (1). Paul Voet suivit cet exemple, en tant du moins qu'on laissait au mot *mixte* le sens que lui avait donné d'Argentré.

Il faut, à ce sujet, noter que Paul Voet rentra le premier dans une analyse exacte des conséquences diverses et complexes des statuts quant aux personnes et aux choses. Il développa très-judicieusement cette proposition que les lois ne peuvent pas intéresser également les unes et les autres : « Et ita » forte nulla dabuntur mixti generis statuta, quod vel » *magis rem quam personam vel magis personam » quam rem afficiant, adeoque illi generi sint adnueranda quod in iis prædominatur* » (2).

XXI. — Mais Boullenois, tout en admettant qu'on ne pouvait voir des statuts mixtes dans les lois où la réalité et la personnalité se combinaient inégalement,

(1) Id. I, p. 125.

(2) In lib. singul. de Stat. eorumque concur., sect. IV, cap. 2, n° 2 et seq.

soutint que, dans certaines dispositions, les deux éléments se rencontraient en proportions identiques, de telle sorte qu'on ne pouvait se prononcer plutôt pour l'un que pour l'autre. Tels étaient, d'après lui, les statuts personnels particuliers dont les actes étaient réels.

Mais les exemples qu'il donnait de ces statuts ne faisaient que démontrer l'inexactitude de sa théorie. Au surplus, après avoir enseigné que les statuts mixtes dirigeaient *primario et directe* tant les personnes que les biens, il n'attribuait néanmoins à ces dispositions que les effets des statuts réels (1).

XXII. — Malheureusement, l'expression statut *mixte* parut aux interprètes une précieuse ressource contre les embarras qui les assaillaient à chaque instant dans une étude si ardue, aussi voulurent-ils la conserver comme un refuge commode et comme une échappatoire.

Paul Voet lui-même, après avoir si bien critiqué la division tripartite de d'Argentré, se place à un nouveau point de vue pour discerner des statuts mixtes. Il donne ce nom aux lois qui, pour la validité de certains actes, imposent des formalités à toutes les personnes agissant sur leur territoire, et étendent l'autorité de leurs dispositions aux immeubles situés sous des coutumes différentes. N'est-ce pas s'écarter des notions fondamentales de la réalité et de la personnalité? n'est-ce pas embrouiller davantage la question? (2).

(1) I, p. 139 et suiv.

(2) Froland I, p. 135 et s.

XXIII. — Il est vrai que Voet, conséquent avec les principes que suppose son système, propose ailleurs de s'attacher uniquement, pour dénommer les statuts, à leur sphère d'application, c'est-à-dire de les qualifier personnels lorsqu'ils seront applicables hors du territoire, et réels dans l'hypothèse contraire. Mais, comme le reconnaîtra plus tard Bouhier lui-même, un des partisans de cette opinion, cela revient à ne pas définir les statuts, la circonstance qu'ils sont renfermés ou non dans leur ressort, ne pouvant donner une idée de leur nature (1). Mais dans quels embarras, dans quel chaos ne tombons-nous pas si les définitions, qui, d'ailleurs, sont si loin de suffire pour trancher la difficulté, nous échappent elles-mêmes? De deux choses l'une : ou la distinction des statuts est fondée, et l'on doit pouvoir en définir les termes; ou l'on ne peut établir par des définitions que ces termes ont des caractères propres et spéciaux, et alors pourquoi les distinguer?

Le procédé de Paul Voet, si peu digne du grand jurisconsulte qui devait l'adopter un jour, est peut-être excusable eu égard à la fréquence des découragements qu'on éprouve en étudiant la théorie des statuts; mais, à coup sûr, il n'a rien de scientifique, ou plutôt il est la négation même de la méthode et, par suite, de la science.

XXIV. — De nos jours encore, il s'est trouvé des auteurs pour reprendre l'expression de *statut mixte* en

(1) Comp. Boullenois, I, p. 85.

lui donnant divers sens aussi arbitraires que subtils (1). Mais il n'en est pas moins vrai que si toutes les lois ne constituent pas nécessairement des statuts réels ou personnels, celles qui restent en dehors de ses deux catégories, ne doivent pas être considérées pour cela comme participant à la fois de l'une et de l'autre, condition qui serait essentielle pour qu'elles fussent des statuts *mixtes*. Le mieux est donc de rejeter absolument cette expression comme inexacte et dangereuse.

XXV. — Obligés pour des considérations pratiques d'admettre des statuts personnels, plusieurs de nos vieux jurisconsultes, particulièrement jaloux de la souveraineté de leurs lois locales, s'efforcèrent de restreindre, autant que possible, le domaine de la personnalité. Dans ce dessein, ils objectèrent à Dumoulin qu'une disposition, pour être personnelle, devait affecter l'état universel de la personne. Écoutons leur étrange raisonnement : Le statut qui établit une capacité ou une incapacité particulière, ne crée pas l'état de la personne ; il est, au contraire, une dérogation à cet état. C'est pourquoi il faut dire qu'il a en vue les biens par rapport auxquels est constituée la capacité ou l'incapacité particulière, et non la personne. Tant de subtilité ne peut provenir que de l'intention bien déterminée de conserver la portée la plus grande à la réalité. Mais Boullenois lui-même après avoir enseigné ce système dans sa *Dissertation sur les*

(1) Fœlix, Tr. de dr. int. pr., I, p. 39-41.

questions mixtes (1), a établi dans son *Traité des statuts*, des distinctions qui le détruisent à peu près complètement (2). [Il suffit d'indiquer en passant ce côté particulier de l'évolution du système des statuts. Le Parlement de Paris a constamment étendu la notion de personnalité même aux capacités ou incapacités particulières (3). Au surplus, Froland fait remarquer que beaucoup de lois, personnelles de l'aveu de tous, ne portaient certainement pas sur l'ensemble de l'état ou de la capacité des personnes (4).

XXVI. — Nous venons d'assister à l'élaboration des définitions que l'on doit aujourd'hui considérer comme traditionnelles. Deux propositions se sont dégagées pour nous de ce coup d'œil rétrospectif : 1° Pour déterminer la nature d'un statut, il faut rechercher sur quoi s'exerce son action ; 2° Il n'est pas nécessaire, pour qu'un statut soit personnel, qu'il affecte la personne à un point de vue général. Nous savons d'ailleurs que le fond de ces définitions n'a pas sensiblement varié depuis Dumoulin.

XXVII. — Cependant, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, longtemps après la mort de ce jurisconsulte, et alors que les principes qu'il avait posés étaient uni-

(1) T. I^{er}, p. 23 et suiv.

(2) T. I^{er}, p. 181 et suiv.

(3) Voir l'analyse de sa jurisprudence dans Laurent, *op. cit.* I, p. 418, n° 291.

(4) I, p. 97 et suiv.

versellement acceptées, une tentative fut faite pour remettre en question les définitions elles-mêmes, et enlever à l'interprète cette base, d'ailleurs si insuffisante, de ses raisonnements. A côté des anciennes définitions des statuts, Paul Voet en avait proposé d'autres qui faisaient dépendre la réalité ou la personnalité des lois de leur sphère d'applicabilité et de l'étendue de leurs effets. Bouhier adopta ces définitions *ab effectu*, ou plutôt ces prétendues définitions, mais sans reproduire les autres, en ajoutant qu'il y aurait du danger à formuler des définitions proprement dites, tant que le législateur n'en aurait pas fourni les bases (1).

Si nous indiquons cet épisode de l'histoire du système statutaire, c'est pour deux motifs : d'abord, parce que le fait que d'éminents jurisconsultes ont mis en doute jusqu'à l'exactitude de définitions acceptées depuis tant d'années, prouve combien la difficulté est sérieuse, et combien grandes les raisons d'hésiter. Puis, ne devons-nous pas prévoir le cas où l'on invoquerait l'autorité de Bouhier pour discréditer les principes de Dumoulin, et contester que, lors de la rédaction du Code, il existait des définitions traditionnelles ? (2) L'opinion de Bouhier n'a trouvé faveur auprès d'aucun des jurisconsultes qui ont écrit antérieurement au Code. Ce point est de la plus grande importance, car il en résulte manifestement que les idées de Bouhier ne

(1) I, n° 58, p. 663.

(2) M. Laurent nous paraîtrait avoir un peu cette tendance. V. *infra*, p. 43.

peuvent être considérées comme ayant détruit la tradition.

XXVIII. — Au surplus, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard. Nous lisons dans l'exposé des motifs que le conseiller Portalis fit au Corps Législatif : « On a *toujours* distingué celles (les lois) qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées personnelles, et les secondes réelles » (1).

La personnalité et la réalité des lois dépendaient donc aux yeux des rédacteurs du Code de la nature de l'objet qu'elles affectent, et non, comme le pensaient Paul Voet et Bouhier, de l'étendue de leurs effets dans l'espace.

(1) Fenet, VI, p. 356.

CHAPITRE I^{er}.

Définitions des statuts réel et personnel.

I. — Les définitions que l'on doit aujourd'hui donner des statuts, se dégagent naturellement de l'exposé historique de la matière, et s'imposent au juriconsulte. Au point de vue philosophique, et surtout au point de vue moderne, la base de ces définitions est peut-être insuffisante et irrationnelle ; elle peut porter l'empreinte d'idées surannées, de préjugés aujourd'hui condamnés ; elle peut refléter l'égoïsme d'un temps où les rapports internationaux étaient peu fréquents : n'importe, ces définitions ont été acceptées par le législateur de 1804. Aujourd'hui, elles sont traditionnelles.

II. — Si nous les recherchons dans les auteurs modernes, nous voyons qu'elle sont généralement reproduites dans leur idée fondamentale ; mais, aujourd'hui, comme avant le Code, elles sont presque toujours formulées en termes vagues et confus. Il est même remarquable que la plupart des interprètes qui, depuis Dumoulin, ont annoncé l'intention d'y apporter plus de précision, ont obtenu le résultat tout opposé. En général, en effet, voulant rendre leur pensée plus sai-

sissable et en même temps donner une définition qui embrassât tout l'objet défini, ils ont procédé par redoublements d'idées, et ont multiplié les formules. De là, abondance de synonymes. Or, les synonymes sont particulièrement dangereux dans la langue du Droit. Cette remarque s'applique notamment aux définitions données par M. Demolombe : « La loi est réelle, dit l'éminent doyen de Cœn, lorsqu'elle a pour objet prédominant et *essentiel* les biens eux-mêmes ; *lorsqu'elle a principalement en vue les biens*, et ne s'occupe des personnes *qu'accessoirement* ; lorsqu'elle n'agit sur les personnes *qu'à titre de moyen*, si je puis dire ainsi, pour atteindre le *but final* qu'elle se propose à l'égard des biens, pour en régler, pour en diriger la transmission.

« La loi est certainement personnelle, au contraire, lorsqu'elle a pour objet prédominant et *essentiel* la personne elle-même, la personne tout entière en quelque sorte, c'est-à-dire son état et sa capacité, d'une manière générale, indéterminée, absolue ; lorsqu'elle ne s'occupe des biens *qu'accessoirement*, *qu'à titre de moyen*, pour atteindre le but final, qu'elle se propose à l'égard de la personne dont elle veut, avant tout, régler l'état dans toute son étendue ». (1) La définition que M. Demolombe donne des lois personnelles, est vraie de toutes les lois civiles en général ; elles ont toutes pour objet prédominant et essentiel, pour but

(1) I n° 76, p. 87. — Comp. Marcadé, sous l'art. 3, n° 66. Demante et Colmet de Santerre, t. 1^{er}, n° 10 bis IV, p. 47. Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 31, p. 82-84, Duranton, t. 1^{er} n°s, 79-80, p. 49 et s. Proudhon, Des personnes, t. 1^{er}, p. 90 et s.

final la personne; toutes, réelles ou personnelles, ne s'occupent des biens qu'à titre de moyen ; en définitive, les choses jouent toujours le rôle accessoire, et le législateur a nécessairement en vue l'avantage de la personne. Il est surtout impossible de trouver une loi où la personne soit, comme le dit M. Demolombe, envisagée à titre de moyen.

De plus, étant donné le sens vague du mot *objet*, on doit éviter de dire qu'une loi est réelle ou personnelle, suivant qu'elle a pour objet *essentiel* la chose ou la personne. Si, en effet, il faut s'attacher à ce qui rentre *essentiellement* dans le statut, cela suppose que l'un des deux éléments peut ne pas s'y trouver ; or, au contraire, toute loi civile vise *essentiellement* et les personnes et les choses, puisque la personne y est toujours prise comme pouvant être le sujet de droits, c'est-à-dire user légitimement des choses, et que les choses y sont toujours envisagées comme susceptibles d'être l'objet de droits, c'est-à-dire comme pouvant servir aux personnes.

Les auteurs anciens et modernes disent, pour la plupart, que c'est à la conséquence *principale* de la loi qu'il faut se référer. L'idée, nous l'avons déjà dit, est juste, mais trop générale. Boullenois répondait fort bien aux docteurs de son temps : « Mais ces termes de *principaliter* et de *potissimum* laissent toujours la véritable difficulté et ne la lèvent pas ». (1) Telle conséquence qui est principale à un point de vue, est accessoire à un autre. Il faut donc préciser et caractériser

(1) I. p. 77.

celle qui révèle la nature du statut, abstraction faite de toute comparaison de cette conséquence avec les autres. Elle consiste en une *action* de la loi sur la condition juridique de la personne ou de la chose. Le statut est, par définition, *constitutif* de la condition juridique de la personne ou de la chose, suivant que c'est la première ou la seconde qui lui fournit sa dénomination.

III. — Dumoulin et plusieurs de ses successeurs employaient, nous le savons, les expressions *agere in rem* ou *in personam*, *afficere rem* ou *personam*, qu'il est impossible de traduire simplement par ces mots *avoir rapport à la personne* ou *à la chose*, *considérer la personne* ou *la chose*. Ces expressions comportent, en effet, une idée beaucoup plus énergique, elles visent essentiellement une *action*, une *affectation* de la loi sur la condition de la personne ou de la chose. Boullenois a particulièrement insisté sur ce point. Cet auteur, commentant sa « description » du statut personnel, s'exprime ainsi : « Je dis en second lieu *dont les dispositions affectent les personnes, parce qu'il est de la nature et de l'essence du statut personnel d'imprimer dans la personne une certaine qualité, une certaine habilité ou inhabilité qui est inhérente à la personne* » (1). Et ailleurs : « Toute loi qui *affecte* » la personne et la fait être d'un certain état ou d'une » certaine condition, est une loi personnelle. » Quoique moins explicite au sujet du statut réel, il montrait

(1) *Traité des statuts*, I, p. 79,

assez qu'il en avait une conception analogue : « C'est le propre de ce statut *d'affecter* les biens, comme c'est le propre du statut personnel *d'affecter* la personne (1). »

Donc un statut est personnel lorsqu'il établit ou déclare l'état ou la capacité des personnes, ou bien lorsqu'il développe cette capacité, ou encore qu'il la restreint. En un mot, le statut personnel est *constitutif* de l'état ou de la capacité des personnes.

De même un statut est réel lorsqu'il affecte la condition juridique des biens soit en réglementant leur transmission, soit en organisant l'exercice sur eux du droit de propriété ou des démembrements de ce droit. En un mot, le statut réel est *constitutif* de la condition juridique des biens.

(1) Op. cit., I, p. 83.

CHAPITRE II.

Principes généraux d'interprétation.



§ I. — *Du principe de réciprocité.*

I. — L'application du principe de réciprocité, principe nécessaire, au moins dans une certaine mesure, lorsqu'il s'agit de concilier des autorités également souveraines, et la prépondérance fondamentale du statut de droit commun dominant toutes les questions soulevées par notre sujet. Aussi devons-nous, dès maintenant, exposer ces idées générales.

La théorie des statuts repose essentiellement sur cette idée que les lois des diverses nations sont également souveraines. Cette égalité a pour conséquence nécessaire la réciprocité. Le droit qu'une souveraineté revendique, elle le reconnaît par le fait même aux autres souverainetés ; et celui qu'elle leur conteste, elle se le refuse à elle-même.

Par conséquent, l'interprète du code civil français doit, dans l'étude de la théorie des statuts, se pénétrer de l'idée que toutes les questions qu'il y rencontre ont deux faces, et doivent s'examiner non-seulement au point de vue des lois françaises, mais encore au point de vue des lois étrangères correspondantes ; ou, si

l'on veut, que la solution donnée par rapport aux unes préjuge celle que comportent les autres.

Le fait de qualifier réelle une loi étrangère aura donc cette très-importante conséquence de renfermer la loi française correspondante dans le territoire français. De même la réalité d'un statut Français appellera nécessairement la réalité du statut étranger correspondant et, par conséquent, le cas échéant, son applicabilité aux français. D'un autre côté, le fait de déclarer personnelle une loi française aura cet effet, non moins grave, d'admettre sur le territoire français l'action de la loi étrangère correspondante.

II. — Ce n'est point à dire pour cela que l'interprète doit s'inspirer des principes de droit qui dominent les législations étrangères. Il doit se placer exclusivement au point de vue du code français; seulement, avant de classer une loi française dans le statut personnel, il doit se demander si aucune disposition du code français ne s'oppose à ce que la loi étrangère correspondante ne soit également déclarée personnelle. De même, avant de se prononcer pour la réalité d'un statut français, il doit examiner si l'application à des Français du statut étranger correspondant ne serait pas contraire au vœu du législateur français.

Cette règle d'interprétation, que nous considérons à la fois comme élémentaire et comme capitale, est cependant négligée par tous les auteurs.

§ II. — *Du statut de droit commun.*

I. — Au milieu des difficultés innombrables de cette

matière, les auteurs se sont demandé si du moins, dans le cas où il leur serait impossible, pour des raisons particulières, de déterminer d'une façon certaine la nature d'un statut, ils ne pourraient pas, en vertu d'un principe général, le présumer réel ou personnel. N'est-ce pas une preuve saisissante de leur perplexité que ce suprême expédient pour vaincre la difficulté sans triompher du doute ?

Lorsqu'on songe que la maxime *toutes coutumes sont réelles* dominait toute la théorie des statuts, on peut s'étonner que cette controverse ait pris naissance. Elle ne date, il est vrai, que du milieu du XVIII^e siècle. Bouhier est le premier qui se soit prononcé, du moins en termes catégoriques, pour la prépondérance de la personnalité. Son opinion, d'ailleurs, n'a pas rencontré de partisans dans l'ancien droit.

Ses arguments se résument ainsi : On ne peut nier que tout statut exorbitant du droit commun ou du droit naturel est un statut réel. Par conséquent, toutes les fois qu'il y aura doute, le statut rentrera dans les notions du droit naturel ou du droit commun. Or, il n'y a pas d'inconvénient pour un pays étranger ou pour une province rivale à admettre sur son territoire l'application d'un statut conforme à la conception universelle de la justice ou au droit commun du royaume. Anciennement, expliquait-il, un droit commun régissait toute la France, et, quant au droit naturel, il est la règle primordiale de toutes les nations. On ne peut donc trop faciliter le retour du droit naturel ou du droit commun.

De plus, lorsqu'on hésite entre la chose ou la per-

sonne, celle-ci doit l'emporter à cause de sa dignité (1).

Ces deux arguments ont été, dans ces dernières années, reproduits par M. Laurent (2).

II. — Il est vrai que toutes les législations humaines tendent vers un idéal commun ; mais cette considération ne nous paraît d'aucun secours pour la solution du problème que nous examinons.

D'abord, est-il incontestable que tout statut exorbitant du droit naturel soit un statut réel ? Cette proposition s'explique de la part de Bouhier, parce qu'il renonçait à donner des définitions proprement dites des statuts, et se contentait des définitions *ab effectu* de Voet. Pour lui, le statut réel était celui qui ne s'appliquait pas hors du territoire, et si nous rapprochons de ces termes génériques la proposition précédente, elle revient à dire que tout statut contraire aux idées qui forment la base des diverses législations, ne peut s'étendre hors de ses limites naturelles. Mais Bouhier n'entendait point par là que tout statut exorbitant du droit naturel affectait nécessairement les biens.

Nous dirions aujourd'hui en nous inspirant de ses idées : Un souverain ne peut pas demander aux puissances étrangères d'admettre sur leurs territoires l'application de dispositions qui ne concordent pas avec les principes de droit généralement adoptés par les

(1) I, nos 62 et 63.

(2) Princ. de dr. civ. I, n° 138, p. 208, et Dr. civ. inter. I, n° 352-353 p. 509 et s.

peuples civilisés. Mais, évidemment, cette considération ne nous autorise nullement à nous prononcer, en cas de doute, pour la personnalité ou la réalité dans le sens précis que le législateur de 1804 a reconnu à ces mots, et que Bouhier ne leur attribuait pas quand il raisonnait comme nous venons de l'indiquer.

D'ailleurs, sans prétendre que toutes les lois positives se rapprochent également de leur type idéal, on peut affirmer qu'elles renferment presque toutes un fondement puisé dans le droit naturel ; ce fondement peut être plus ou moins voilé par des influences locales, il peut être plus ou moins altéré ou même corrompu par les imperfections des législateurs humains, mais il est rare qu'il n'existe pas. Dans tous les cas, on ne voit pas pourquoi une disposition pour être constitutive de la condition des biens, pour organiser, par exemple, la propriété foncière, devrait exorbidir du droit naturel, à moins qu'on ne parte de cette idée, laquelle n'était certainement pas dans l'esprit de Bouhier, que le droit de propriété, ainsi que tout ce qui s'y rattache, est une pure création du droit civil.

Le célèbre président ajoute que, dans l'incertitude, c'est à la personne qu'il convient de donner la préférence à cause de sa dignité. Cet argument ne repose que sur des mots. Toute loi, même la plus réelle, est conçue dans l'intérêt des personnes, et cela suffit pour sauvegarder leur dignité. En quoi cette dignité sera-t-elle méconnue si l'on décide qu'une loi organise la condition juridique des biens pour l'utilité des personnes au lieu de décider qu'elle produira un résultat direct sur l'état de celles-ci ou sur leur capacité ? Il n'est jamais vrai que l'intérêt de l'homme passe après celui

des choses. Et même, en consacrant l'ancienne doctrine, le législateur a pensé qu'il était de l'intérêt bien entendu des personnes que certaines lois affectassent les biens.

A un second point de vue, la dignité des personnes demandait encore, aux yeux du législateur, qu'il y eût des lois réelles. La souveraineté publique est présumée organisée en vue de la conservation et du perfectionnement des individus, lesquels, s'il en est ainsi, ont un intérêt capital à l'affirmation des droits de l'Etat. Or, dans la théorie des statuts, la réalité est considérée comme une condition essentielle de la souveraineté de l'Etat, comme la base matérielle de cette souveraineté. Elle est donc réputée nécessaire au perfectionnement des individus et à leur véritable dignité. En résumé, l'utilité et la dignité des personnes sont absolument hors de cause, ou plutôt, si l'on se place au même point de vue que le législateur, elles sont au plus haut chef intéressées à ce que la souveraineté de l'Etat ne soit en rien diminuée, et, par suite, à ce que des lois soient réputées réelles.

III. — Quant à nous, il nous semble que la tradition ne permet aucun doute sur le statut de droit commun. Lorsque la personnalité apparut dans notre ancien droit, ce fut comme une faveur et comme une exception ; or, les exceptions et les faveurs ne se présument pas. Si donc il est constant que la personnalité a toujours conservé ce caractère, il est aujourd'hui non-seulement traditionnel, mais encore revêtu d'une sanction législative. D'où il résulte qu'il ne peut disparaître en dehors d'une révision du Code. Ainsi tout dépend de l'histoire du vieux droit français. Or cette

histoire appuie à chaque page notre proposition. La personnalité s'est toujours présentée comme une faveur, comme une exception.

Déjà, en Italie, quand les glossateurs introduisaient dans le droit l'idée de personnalité, ce n'était qu'en vue de cas fort rares, car il ne consentaient à étendre un statut hors du territoire que s'il ne contrariait pas les principes du droit romain. De plus, supposé la négative, les jurisconsultes italiens se demandaient, avant de décider, si le statut était favorable ou odieux, et n'en admettaient l'extension que dans la première hypothèse. Sans doute, quand ils examinaient ce dernier point, ils avaient une prévention en faveur de la personnalité ; mais, les légistes français leur en ont souvent fait le reproche, et se sont, au contraire, constamment prononcés avec énergie pour la réalité absolue des coutumes. « *Toutes les coutumes sont réelles,* » écrivaient-ils à l'envi. Bouhier conjecture avec grande raison que cet axiome devait être encore dans toute sa vigueur au temps de Dumoulin (1). A la vérité, cette vieille maxime n'était déjà plus, au XVI^e siècle, qu'un anachronisme et un contre-sens. La réalité des coutumes dérivait de la féodalité. Les coutumes n'avaient été déclarées réelles que parce qu'elles avaient, à une époque, été souveraines. Leur souveraineté cessant, leur réalité devait disparaître aussi. Mais la logique des faits n'est pas toujours, au moins en apparence, à l'abri de toute critique. La féodalité législative survécut à la féodalité politique, et se maintint jusqu'à la

(1) T. I, p. 659 chap. 23, n° 39.

Révolution. Elle alla sans doute en s'affaiblissant, mais son intensité fut toujours assez forte pour qu'on puisse dire, sinon que la réalité demeure la règle absolue, du moins qu'elle continue à former le principe de droit commun.

Dumoulin, qui a si bien compris la nécessité de certains statuts personnels (1), enseignait cependant qu'en droit pur la réalité ne souffrait pas d'exception : « Teneas *indistincte* quod statuta vel consuetudines, tanquam reales, non extenduntur ultra sua territoria » (2).

D'Argentré, qui, lui aussi, explique en termes si nets la raison d'être de la personnalité, est exactement de l'avis de Dumoulin : « Statuta, quantumlibet concepta in personam, rerum mixtura evadere in realia, et legem capere a statutis situs. » (3).

Burgundus décide nettement que la personne doit céder à la chose : « Persona naturæ et conditioni rei se accomodat » (4). Et plus loin : « Bona personas non sequuntur, sed personas ipsas ad se trahunt » (5).

Froland incline visiblement vers la même opinion (6).

Boullenois, tout en aspirant à une réforme législa-

(1) In cod. lib. I, tit. 1. Op, t. III, p. 556 ; Cons. 53, n° 12, et in Dec. cons. 358.

(2) In Alex. cons. 16, liv. I.

(3) In ant. cons. Brit. art. 218, gl. 6, n° I.

(4) Tract. 1° n° 11 et 12.

(5) Op. cit. n° 14.

(6) Mémoires, I. p. 60.

tive qui donnât la prédominance à la personnalité, respectait la réalité des coutumes au nom des *grands principes*.

Evidemment, ces principes, il ne prétendait les puiser que dans une tradition plusieurs fois séculaire. Le même auteur, avant de critiquer la théorie de Bouhier, fait remarquer comme un préjugé contre cette théorie qu'elle « combat absolument la décision de nos meilleurs jurisconsultes, qui, dans le mélange de la personne et des biens, *donnent volontiers la préférence à la réalité* » (1). Puis, après avoir cité quelques autorités : « Je sais bien qu'on abuse de ces principes et qu'on les pousse trop loin ; mais cet abus même fait connaître le penchant que l'on a de donner la préférence à la loi qui régit la chose... Dès qu'il y a un mélange de la personne et des biens, et que la nature du statut ne se développe pas suffisamment, *il n'y a rien de plus naturel que de les régler par la loi de la situation*, qui, de droit, commande aux biens, si nous ne sommes pas pressés par quelque autre raison supérieure. » (2).

Les pages que Boullenois consacre à la réfutation de Bouhier, ne laissent aucun doute sur l'état de la science statutaire au XVIII^e siècle. Les idées de Bouhier n'auraient pu engager la tradition dans une nouvelle phase qu'en s'imposant à la majorité des jurisconsultes. Il n'en fut rien. Elles ne trouvèrent même pas d'écho parmi eux. L'opinion de l'éminent président,

(1) *Traité des statuts*, t. I. p. 107.

(2) *T. I. p.*, 108.

quelque estimable et progressive qu'elle fût, ne peut, en sa qualité d'opinion personnelle et isolée, contrebalancer à nos yeux l'autorité de la tradition.

Dans son dernier ouvrage, M. Laurent nous représente Bouhier comme consommant au XVIII^e siècle le triomphe complet de la personnalité et intervertissant le rôle des deux espèces de statuts : « Ainsi Bouhier *renverse la tradition*. Jadis on disait : Les coutumes sont réelles. Au XVIII^e siècle, on dit : Les coutumes sont personnelles, la réalité est l'exception (1). »

L'expression a probablement dépassé la pensée de l'éminent professeur. Nous estimons qu'il a beaucoup mieux apprécié les faits dans ses *Principes de droit civil*, où il s'est exprimé ainsi : « L'opinion de Bouhier ne trouva pas faveur ; elle heurtait les préjugés traditionnels, séculaires des praticiens. Boulleuois la combattit, et *la tradition l'emporta sur la raison* (2). »

Paul et Jean Voet, Huberus, Burgundus et, plus généralement, tous les légistes Belges et Hollandais, dont les théories procédaient incontestablement de nos jurisconsultes, et qui, réciproquement, exerçaient sur ceux-ci une influence manifeste, tenaient tous pour la réalité absolue des coutumes. En pratique même ils maintenaient ce principe avec beaucoup plus de rigueur que les Français (3).

IV.— Il est d'autant plus vrai que la doctrine traditionnelle

(1) Droit civil intern., t. 1, p. 57 ; comp. même vol. p. 354, 415, 522. A la page 513, M. Laurent est beaucoup moins affirmatif.

(2) T. 1, p. 209, n° 139.

(3) Laurent, Droit civil intern., t. 1, n° 293-328, p. 422-484.

considérerait le statut réel comme de droit commun, qu'elle ne voyait même pas dans la personnalité un principe de droit, au moins de droit positif.

Dumoulin, qui est un de ceux qui lui ont donné, en apparence, le fondement le plus solide, propose simplement l'extension du statut hors de ses limites : « *Quum fundatur in ratione boni universi, et in causa habente concursus justitiæ naturalis vel juris communis.* » Sous cette terminologie séduisante, se devinent aisément les motifs qu'invoquent Jean Voet et Huberus. Le premier attribue à la *comitas* l'application sur un territoire de dispositions étrangères (1). Le statut personnel reposerait donc sur un sentiment de bienveillance, de *courtoisie*.

A vrai dire, en reconnaissant des statuts personnels étrangers, les peuples avaient cédé à des raisons d'intérêt. Une coutume ne consentait, dans de certains cas, à ne pas opposer sa souveraineté, que parce qu'elle avait la perspective de s'étendre elle-même, dans des cas pareils, hors de son territoire. Huberus le disait ouvertement, et il en concluait que « lorsqu'un souverain avait, au contraire, *intérêt* à écarter le statut étranger, il en avait le droit » (2).

Les explications que Boullenois nous donne de la personnalité, procèdent visiblement de celle de Jean Voet et d'Huberus : « Cette loi (la loi de la situation) ne défère à la loi de la personne, dit-il, que dans les

(1) Lib. I, tit. IV, pars II, n° 1, t. I, p. 39.

(2) *De conflictu legum* (*Prælectiones juris civilis*), lib. I, tit. III, t. II, p. 26, n° 6.

choses qui dépendent de l'état et de la condition de la personne, et cela, même *non pas de droit, mais par une espèce de concours et de déférence générale des lois pour le bien indispensable du commerce et de la société* » (1). Il revient plusieurs fois sur cette idée, notamment dans les termes suivants : « Si la capacité d'état se porte partout, c'est, on l'ose dire, *plutôt par un concert de toutes les nations, nécessaire pour le bien général, que par une raison de droit et de principe, puisqu'au contraire les principes veulent que les lois n'aient de force, de vertu et d'efficacité que dans l'étendue de leur territoire* » (2).

Mais ce qui démontre le mieux le caractère qu'avait la personnalité dans l'ancien droit, ce sont les expressions dont se servait Bouhier lui-même pour la légitimer. Ici encore, nous devons citer. Les extraits qu'on va lire sont d'un intérêt capital. On le verra : Bouhier était, lui aussi, réaliste, et, tout en constatant que l'adage *toutes coutumes sont réelles* n'avait plus raison d'être, il était loin de s'affranchir complètement de l'ancien point de vue, et puisait au contraire, dans la vieille règle, la base de sa théorie : « C'est que *régulièrement aucun statut n'a droit d'étendre sa disposition sur les biens qui sont situés ailleurs*. La raison est que le pouvoir d'une loi se mesure sur le pouvoir du législateur. Or ce pouvoir est renfermé dans les limites du territoire où le législateur a droit de commander... » (3)

(1) *Traité des Statuts*, t. I, p. 112.

(2) *Id.* t. II, p. 97 ; *conf.* t. I, p. 152.

(3) *T.* I, p. 658, ch. XXIII, n. 37.

Et plus loin :

« Mais, avant toutes choses, il faut se souvenir qu'*encore que la règle étroite soit pour la restriction des coutumes dans leurs limites*, l'extension en a néanmoins été admise *en faveur de l'utilité publique*, et souvent même *par une espèce de nécessité*...

« Ainsi, quand les peuples voisins ont souffert cette extension, *ce n'est point qu'ils se soient crus soumis à un statut étranger*; c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce qu'en pareil cas leurs coutumes ont le même avantage dans les provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une espèce de droit des gens et de bien-séance, en vertu duquel les différents peuples sont tacitement demeurés d'accord de souffrir cette extension de coutume à coutume, *toutes les fois que l'équité et l'utilité commune le demanderaient*, à moins que celle où l'extension serait demandée, ne contint, en ce cas, une disposition prohibitive » (1).

Il faut bien le reconnaître : après s'être exprimé de la sorte, Bouhier manquait de logique lorsqu'il estimait qu'on devait, en cas de doute, réputer un statut personnel. Si la « règle étroite » était encore au XVIII^e siècle que le statut devait être renfermé dans ses limites, le statut de droit commun était tout indiqué. C'était le statut réel. Puisque Bouhier ne rejetait pas l'axiome *toutes coutumes sont réelles*, il devait forcément l'accepter avec sa portée traditionnelle. Or cette maxime est la consécration d'un principe essentielle-

(1) Même ch. no LXII, p. 662.

ment envahissant et absorbant, car la réalité n'est autre chose que la souveraineté et la souveraineté telle que la concevait la féodalité, c'est-à-dire territoriale, incorporée au sol, de telle sorte que le territoire était le véritable souverain, et décidait de la condition juridique des personnes. Quand la réalité ainsi définie est érigée en principe de droit, ce principe est nécessairement absolu. Il ne peut se concilier avec un principe opposé. La personnalité [ne saurait donc exister juridiquement ; or, du moment qu'il faut simplement y voir la manifestation de la courtoisie ou la recherche de l'intérêt, elle ne peut évidemment constituer le droit commun. La courtoisie est une faveur, et les faveurs [ne sont pas de droit commun ; leur essence même s'y oppose. Que si l'on fonde la personnalité sur l'utilité, sur l'intérêt, ce qui, en somme, ne diffère pas de l'explication précédente, le résultat est le même. On ne peut présumer qu'un peuple a intérêt à abandonner en pratique les principes de sa législation.

D'ailleurs, le texte même de l'art. 3 c. civ. ne peut s'accorder qu'avec l'opinion anciennement admise presque par l'unanimité de nos auteurs. Au point de vue des débats entre souverainetés, le législateur ne pose de principe de droit qu'en ce qui regarde la réalité. En disposant que le statut personnel des Français les suit à l'étranger, il formule une règle, obligatoire sans doute pour les citoyens, mais dont l'application, si l'on suppose un conflit international, ne dépend pas de lui. Il n'aurait vraiment sanctionné la personnalité qu'en l'admettant en faveur des étrangers. Cela posé, s'il y a doute sur le point de savoir si un fait juridique doit être gouverné par la loi personnelle étrangère ou par

la loi réelle française, la présomption doit être, aujourd'hui comme autrefois, pour le statut réel. La différence de procédé à l'égard des deux statuts n'est pas explicable si l'on ne reconnaît pas que les rédacteurs du Code ont consacré la doctrine traditionnelle.

Eh ! sans doute, ils n'en ont pas raisonné la nature, ils n'en ont pas recherché l'origine, ils n'ont pas remarqué qu'elle était entachée de féodalité ! S'ils avaient demandé à l'histoire le véritable caractère de la maxime *toutes coutumes sont réelles*, ils en auraient repoussé l'influence. Mais, cette influence, ils l'ont subie inconsciemment. Écoutons Portalis ! Il se défend tout d'abord de reproduire des idées féodales : « Point de méprise sur les mots *domaine éminent*, s'écrie-t-il ; ce serait une erreur d'en conclure que chaque état a un droit universel de propriété sur tous les biens de son territoire » (1). Mais voyons ce qu'il ajoute : « La souveraineté est un droit à la fois réel et personnel. Conséquemment *aucune partie du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain*, comme aucune personne habitant le territoire ne peut être soustraite à sa surveillance ni à son autorité. *La souveraineté est indivisible. Elle cesserait de l'être* si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain » (2). Ainsi, parce que la souveraineté est *indivisible*, elle doit, même dans le domaine du droit privé, défendre tout le territoire de l'atteinte des

(1) Fenet, t. vi, p. 357.

(2) Id. t. vi, p. 358.

lois étrangères ! L'application d'un statut étranger à la plus petite partie du sol français compromettrait la souveraineté nationale. Oui, si cette souveraineté est territoriale, si, comme aux temps féodaux, elle se confond avec la propriété ! Non, si elle consiste simplement dans le droit et la mission de prendre les intérêts collectifs de la nation, si elle est, conformément à la conception moderne, purement politique ! En dépit de ses précautions de langage, Portalis finit par formuler une proposition qui découle directement du système féodal (1).

D'ailleurs, le tribun Faure va nous le dire : Relativement au statut réel, en quoi consiste la supériorité de la nouvelle législation sur l'ancienne ? Le statut réel change-t-il de nature ? Non, certes ! L'avantage se résume à ce que le statut réel devient uniforme pour toute la France : « Tel est le statut réel. On a toujours compté en France autant de statuts réels qu'il y avait de coutumes et d'usages locaux ; désormais, *il n'y en aura plus qu'un seul* puisque nous aurons un code uniforme pour toute la République » (2).

Ce rapprochement est décisif.

(1) Laurent, Dr. civ. intern. t. 1^{er}, p. 423, n° 294. Comp. Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, passim.

(2) Fenet, t. vi, p. 385.

CHAPITRE III

De l'étendue de la division des statuts et des lois qui lui sont étrangères.

I. — Tous les interprètes reconnaissent que certaines dispositions sont étrangères à la division bipartite des statuts. On ne saurait, en effet, pour des raisons qui seront exposées dans la suite, y comprendre : 1° les lois de police et de sûreté ; 2° celles qui gouvernent l'interprétation et les effets des actes juridiques ; 3° celles qui régissent les formes instrumentaires.

II. — Mais, selon MM. Aubry et Rau, l'étendue de la division, même ainsi restreinte, est exagérée, comme embrassant des lois qui ne répondent pas aux définitions généralement adoptées ; en conséquence, ces jurisconsultes laissent en dehors de la classification trois dispositions qui sont l'objet des plus vives controverses, nous voulons dire celles relatives à l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, à la jouissance légale des père et mère et à l'inaliénabilité des immeubles dotaux (1).

(1) T. 1^{er}, § 31, p. 85, texte et note 17. Dans le même sens la note sur l'arrêt de la ch. civ. du 14 mars 1877, (Ben-Chimol c. Cohen et autres), dans S. 78, I, 25 et dans le J. du P. 78, 38.

III. — La remarque ne nous paraît pas fondée, du moins pour la première et la deuxième de ces dispositions. Nous la croyons, au contraire, exacte relativement à la dernière, dont les caractères particuliers prouvent assez qu'elle est d'une nature toute différente; aussi en parlerons-nous dans le paragraphe spécial aux règles qui dominent l'interprétation et les effets des actes juridiques. Mais, quant à l'hypothèque légale des incapables sus-énoncés et à la jouissance légale des père et mère, nous démontrerons qu'elles rentrent dans la définition de la réalité, et qu'il faut, en conséquence, les comprendre dans la division des statuts.

Trois catégories de lois restent, disons-nous, en dehors de la théorie statutaire. Or il arrive souvent, lorsqu'on veut qualifier une disposition, que l'on hésite, non-seulement entre le statut personnel et le statut réel, mais encore entre la division des statuts et les lois qui lui sont étrangères. Aussi devons-nous, pour prévenir les confusions de cette nature, fournir quelques explications sur ces trois classes de lois. Chacune d'elles fera l'objet d'un paragraphe spécial.

§ I. — *Des lois de police et de sûreté.*

I. — La règle inscrite dans le premier alinéa de l'art. 3 est ainsi formulée : « Les lois de police et de » sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Cette règle est absolue. Elle s'adresse aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux. Il n'est pas nécessaire, pour y être soumis, que l'on ait un domicile en France. L'art. 3 vise *tous ceux qui habitent le territoire.*

L'expression *habiter* n'est même pas ici prise comme synonyme de *résider*. Il suffit qu'on passe sur le territoire, qu'on s'y trouve momentanément, accidentellement. Les anciens rendaient très-exactement cette pensée en disant : « *Intrasti urbem, ambula juxta* » ritum ejus. » Vous êtes entré sur le territoire, conformez-vous à ses lois de police. Tel est bien le caractère de la règle. Par cela seul que l'étranger pénètre sur le territoire, il est sous le coup de ces lois.

II. — D'ailleurs, bien entendu, aucune circonstance ne peut le soustraire à leur application pendant tout son séjour. Par conséquent, si sa patrie est en guerre avec le pays où il se trouve, les lois punissant les intelligences avec l'ennemi lui seront applicables comme à tous les autres habitants (1).

III. — Cette règle est éminemment sage. Elle est indispensable à l'existence et à la conservation des États. Aussi est-elle mise en vigueur par toutes les souverainetés (2). Il n'était pas admissible que les étrangers pussent à loisir troubler la tranquillité intérieure du pays et abuser impunément de l'hospitalité. C'eût été d'autant plus absurde que la personne des étrangers et que leurs propriétés sont, comme celles des nationaux, protégées par les lois qu'ils eussent violées.

(1) Journ. de droit int. privé, 1875 p. 353.

(2) Voir notamment sur son application en Allemagne, Lehr, *Éléments de droit civil germanique*, p. 11 n° 14; sur son application en Italie : Pietro Esperson, *La condition juridique de l'étranger en Italie*, n° 22 et s. Journ. de dr. int. priv. 1879, p. 342 et s.

IV. — Il n'est fait exception à cette mesure générale qu'en faveur des envoyés d'un gouvernement étranger, revêtus d'un caractère représentatif, ainsi qu'en faveur de leur famille et des gens de leur suite. Cette exception, qui résulte des traités internationaux, est fondée sur ce que l'on voit dans ces personnes non des simples particuliers, mais le souverain qu'elles représentent (1).

V. — Mais si les lois de police et de sûreté obligent en principe toutes les personnes qui sont sur le territoire, elles ne peuvent, sauf des cas très-rares, avoir d'effet hors du pays (2).

VI. — Le premier alinéa de l'art. 3 est relatif non-seulement aux lois pénales ou répressives, mais encore aux lois purement préventives. Il s'étend même sans distinction à toutes les dispositions destinées à maintenir le bon ordre à l'intérieur de l'État, en assurant la sécurité des individus et le respect de la propriété. Le mot *loi* est donc pris ici dans un sens très-étendu : il comprend non-seulement les actes du pouvoir législatif, mais encore les arrêtés, règlements et ordonnances émanant des préfets, des maires et, plus généralement des diverses autorités compétentes, dans les limites de leurs attributions (3).

(1) Marcadé I p. 25, n° 67.

(2) Demol. I, n° 74, p. 87.

(3) Demol. I, p. 83, n° 70; Aubry et Rau, I, p. 81, texte et note 5. Valette, Cours de code civil, p. 31; Laurent, Dr. civ. inter. II p. 850, n° 191.

VII. — Ne convient-il pas de donner une portée encore plus large au premier alinéa de l'art. 3? L'affirmative n'est pas douteuse (1). D'abord toutes les lois de procéduresont de véritables lois de police intérieure. La justice ne peut être rendue qu'au nom du souverain et dans les formes qu'il a établies. Sur ce point ni la jurisprudence ni la doctrine ne renferment de dissidence.

De plus, tous les statuts réels prohibitifs présentent au plus haut chef, outre les conditions de la réalité, les caractères des lois de sûreté territoriale. L'exactitude de cette proposition, si on la restreint aux statuts réels prohibitifs, ne nous paraît pas contestable.

Mais beaucoup de jurisconsultes soumettent encore à la règle du premier alinéa de l'art. 3 toutes les dispositions de droit civil qui intéressent l'*ordre public*, par exemple, celles qui régissent les actes de l'état civil, celles qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments, celles qui déterminent les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme ou des père et mère sur la personne de leurs enfants.

VIII. — Nous ne croyons pas que ce soit donner à la règle trop d'extension. Cette doctrine est en parfaite harmonie avec les préoccupations des rédacteurs du Code. Aussi devons-nous relever les critiques adressées par M. Laurent à des arrêts que M. Demolombe consi-

(1) Laurent, Princ. de dr. civ., I, p. 200, n° 133.

dère, au contraire, comme de saines applications des principes.

Il est arrivé que des juges français, tout en se déclarant incompetents pour prononcer la séparation de corps entre époux étrangers, ont cru néanmoins, pour des raisons d'ordre public, devoir autoriser la femme à quitter le domicile conjugal et la soustraire ainsi aux mauvais traitements de son mari. Il a été aussi décidé que l'intérêt général exigeait qu'un étranger fût condamné à fournir des aliments à son conjoint malheureux.

Il aurait mieux valu, selon M. Laurent, appliquer franchement le statut personnel étranger. Dans la première espèce, dit cet auteur, sur quelle disposition de loi se sont appuyés les magistrats ? Est-ce sur l'article 3 ? Mais ce texte, dans son troisième alinéa, ne reconnaît-il pas implicitement le statut personnel étranger et, par conséquent, la puissance du mari étranger sur sa femme, puissance dont les juges n'ont pas tenu compte ? N'est-il pas illogique de prononcer en fait la séparation lorsqu'on déclare n'avoir pas qualité pour la prononcer en droit ? Quant à la seconde espèce, il aurait fallu invoquer les obligations qui découlent du mariage et non l'ordre public : la tranquillité de la France n'est nullement compromise si un mari étranger laisse sa femme sans ressource. Les intérêts en jeu sont purement privés, mais ils n'en sont pas moins respectables et doivent être protégés par la justice (1). Les magistrats l'ont si bien compris,

(1) *Principes*, I, p. 169, n° 107.

qu'ils ont fait indirectement au nom de l'ordre public ce qu'ils n'avaient pas cru pouvoir faire directement.

Ces critiques ne sont pas fondées.

Dans la première espèce, les juges n'ont point substitué une séparation de fait à la séparation judiciaire. Ils ont pris au profit de la femme étrangère, et en attendant que les tribunaux de son pays se prononçassent en droit sur la demande en séparation, la mesure provisoire qu'ils auraient prise aussi bien à l'égard d'une Française. Or cette mesure, qui a pour but de protéger la personne de l'époux le plus faible, rentre évidemment dans la définition des mesures de police et de sûreté. Sans doute, l'art. 3, qui est la base de la décision, consacre implicitement le statut personnel des étrangers, mais cette disposition, qui ressort du troisième alinéa de l'article, est, dans l'espèce, tenue en échec par le premier alinéa qui fait passer avant toutes les autres considérations le maintien de l'ordre public.

Les magistrats ne se sont pas davantage mépris sur les vrais principes du droit français ni sur les exigences de l'humanité, en condamnant un étranger à fournir des aliments à son conjoint besoigneux. Ils n'ont point, comme le prétend M. Laurent, invoqué l'ordre public pour faire indirectement ce qu'ils croyaient ne pouvoir faire par la voie directe. S'ils avaient procédé de la seconde façon, ils auraient suivi le statut personnel de l'étranger, et, en conséquence, auraient conformé leur décision aux dispositions de cette loi sur les pensions alimentaires. Loin de là ! Ils ont appliqué les règles posées à cet égard par le droit français, sans examiner si la loi étrangère consacrait

entre conjoints l'obligation de se fournir des aliments¹ ni, en cas d'affirmative, si elle ne restreignait pas la liberté d'appréciation que le législateur français a cru pouvoir, dans cette matière, laisser aux tribunaux (1).

IX.— Nous aurons, au surplus, l'occasion de revenir sur les dispositions d'ordre public qui intéressent la condition juridique des personnes, quand nous aurons à les considérer dans leurs conflits avec le statut personnel des étrangers, et à nous demander si elles ne doivent pas en écarter l'application. Mais nous devons, dès à présent, aborder la matière si importante de la prescription, et examiner spécialement ce qui concerne la prescription acquisitive de dix ou vingt ans, et la prescription libératoire des obligations.

On peut dire d'une manière générale que la prescription repose sur d'impérieuses considérations d'intérêt général. Le droit de l'individu s'y trouve écarté ; ce ne peut être que devant un droit supérieur, celui de l'État. Il serait inique et révoltant de sacrifier l'intérêt d'un particulier à un intérêt de même nature. En théorie, le temps ne fonde pas le droit, il ne l'éteint pas davantage. Mais, après une certaine période, il faut que la condition apparente des personnes et des choses soit irréfragablement tenue pour vraie, sans quoi on aboutirait à l'incertitude de la propriété et à tous les dangers qui en sont la conséquence. Aussi le droit supérieur de la société limite-t-il dans la durée l'exercice du droit des individus, ce qui explique qu'en

(1) Comp. Demol., I, n° 70. p. 84 ; Aubry et Rau, I, p. 82.

fait et au point de vue pratique on peut dire que le temps éteint le droit (1).

C'est de cette idée que se sont inspirés les législateurs des divers pays. Ils ont tous poursuivi le même but, mais ils ont différé dans la conception des moyens nécessaires pour l'atteindre. Toutefois, chacun d'eux s'étant évidemment arrêté à l'organisation qui lui paraissait préférable, a dû considérer les règles qu'il posait, et qu'il savait conserver des intérêts si importants, comme éminemment d'ordre public. C'est dire qu'en matière de prescription les juges ne peuvent admettre d'autres règles que celles conçues par le législateur dont ils sont les organes. Cette remarque s'applique aussi bien à la prescription acquisitive des choses ou à la prescription extinctive des droits réels qui peuvent peser sur elles, qu'à la prescription libératoire des obligations.

X. — En matière immobilière, la prescription trentenaire ne peut être devant les tribunaux français l'occasion d'un conflit de lois. D'une part, en vertu de nos principes sur la compétence, les juges français ne peuvent être appelés à statuer, quant à la prescription acquisitive des immeubles, que relativement à des fonds situés en France. D'autre part, le fait matériel de la possession, qui est la seule condition requise pour l'usucapion de trente ans, s'opère nécessairement sur le territoire français (2).

(1) Brocher, p. 321. — Laurent, t. xxxii, p. 15 ; et Dr. civ. int., II, n° 173, p. 322.

(2) Brocher, op. cit., 322.

XI. — La question est plus délicate quand il s'agit de la prescription de dix à vingt ans, et que le juste titre a été acquis en pays étranger. Si, en effet, relativement à la prescription elle-même, cette dernière circonstance est indifférente, elle a, au contraire, à d'autres égards, une influence qu'il faut soigneusement délimiter, afin de ne pas l'étendre au premier point de vue. Ainsi, le fait que le juste titre a été acquis à l'étranger n'aura aucune importance quant à la durée de la prescription, aux conditions requises dans la possession qui l'engendre, aux modes d'interruption de la prescription et au point de savoir si la prescription courra contre les incapables. Mais il en aura toujours au point de vue du principe *locus regit actum*, et pourra en avoir quant à l'existence même du juste titre. On appelle juste titre le titre qui, envisagé en soi, et indépendamment du point de savoir s'il émane d'une personne ayant qualité de propriétaire et capacité d'aliéner, est propre à transférer le droit de propriété. Quant les parties sont de nationalités différentes, c'est la loi du pays où le titre prend naissance qu'il faut consulter pour savoir s'il présente ce caractère. Ainsi, les parties étant présumées s'en rapporter à la loi du lieu où elles contractent pour l'interprétation et les effets de leurs conventions, cette loi décidera si l'acte a force obligatoire ou ne constitue qu'un projet. Mais, nous le répétons, l'usucapion elle-même est gouvernée par des règles différentes.

XII. — La maxime *en fait de meubles possession vaut titre*, que l'on y voie, oui ou non, une prescription instantanée, est aussi, sans contredit, un principe d'or-

dre public ; mais, comme elle rentre dans une remarque générale que nous aurons à faire au sujet du statut mobilier appliqué aux choses individuelles nous n'en parlerons que dans la suite.

XIII. — En cette matière, les auteurs sont surtout divisés relativement à la prescription libératoire des obligations. Etant données toutes les complications possible du problème, six opinions se sont formées. On peut, pour déterminer la loi compétente, s'attacher au domicile du créancier, au lieu de la formation du contrat, au lieu du paiement, au domicile du débiteur au moment où l'obligation est née, à son domicile à l'époque de la poursuite, au lieu de l'action (1).

Dans un système complexe, de Savigny invoque ce qu'il appelle *le droit local de l'obligation*, lequel est, en principe, la loi du domicile du débiteur, mais peut, suivant certaines hypothèses, se déterminer autrement et de quatre façons différentes (2).

Enfin, la cour de Chambéry, dans un arrêt du 12 février 1869, distingue, à propos de la prescription quinquennale des intérêts, suivant que la prescription a pour fondement une présomption de paiement ou une peine infligée au créancier négligent. Sans se prononcer, relativement à la première hypothèse, entre la loi du domicile du débiteur et celle du lieu de la poursuite, elle estime que dans la seconde la prescription

(1) Voir un exposé très-complet de la controverse dans une excellente note de M. Labbé, sous cassation, 13 janv. 1869, S. 69, 1, 49.

(2) *System*, t. VIII, p. 270.

est gouvernée par la loi du contrat, cette loi étant celle à laquelle les parties se sont tacitement soumises (1).

Notre principe général nous fait donner la préférence à la loi du tribunal saisi.

Résumons et réfutons sommairement les arguments produits par les autres systèmes.

L'opinion qui se réfère au domicile du créancier a été proposée par Pothier. Elle n'a jamais été en faveur. Elle s'appuie sur ce que la prescription enlève un droit au créancier, et que celui-ci ne peut en être dépouillé que par une loi à laquelle il soit soumis (2).

Quelle est la pensée de Pothier quand il prétend que le créancier ne peut être privé d'un droit que par une loi à laquelle il soit soumis? Veut-il dire que le créancier doit y être spécialement soumis quant au bien sur lequel il perd son droit? Non évidemment, car c'est précisément ce qui a lieu quand la prescription opposée est conforme à la loi du domicile du débiteur : le créancier est, dans le cas actuel, soumis à cette loi, puisque c'est devant les juges qui l'appliquent et suivant les règles qu'elle pose, qu'il actionne le débiteur.

Pothier vise donc une loi à laquelle le créancier soit soumis *personnellement*; mais alors comment accorder cette solution avec celle qu'il donne pour la prescription acquisitive des choses, car il est bien d'avis, relativement à cette dernière prescription, que le demandeur soit dépouillé par la loi de la situation du

(1) Aff. Lemoine. c. Lapenne, Voir S. 1870, 2, 9 et note, D. P. 1871, 2, 118; J. du P. 1870, 91.

(2) Prescription, n° 251.

bien revendiqué à laquelle il peut très-bien n'être pas personnellement soumis (1).

De plus, l'obligation crée un rapport de droit entre deux personnes qu'elle atteint l'une et l'autre dans leur situation juridique. Seulement, elle améliore la position normale du créancier et empire celle du débiteur. Cela posé, y a-t-il une raison de soustraire à sa loi naturelle plutôt le débiteur que le créancier, et d'aggraver, au préjudice du premier, une situation déjà désavantageuse? Le contraire paraît plus logique.

Enfin, juridiquement, il n'est point exact de dire que la prescription éteint le droit. Elle paralyse simplement l'action (2). Le raisonnement de Pothier est ainsi détruit dans sa base.

Doit-on, de préférence, s'attacher au pays où le contrat s'est formé (3)?

Tout d'abord, on ne peut assigner un siège à l'obligation. Elle répugne par sa nature même à la détermination d'une situation. Dans tous les cas, il serait moins rationnel de la fixer au lieu où elle ne s'est peut-être formée que par une circonstance toute fortuite plutôt qu'à l'endroit où le débiteur est domicilié.

En outre, peu importe que la législation du contrat soit naturellement indiquée pour en développer les clauses et révéler l'intention des parties. Sans doute, quand les contractants sont de nationalités différentes,

(1) Marcadé, sous l'art. 2219, p. 15, n° 11.

(2) Labbé, loc. cit.

(3) Consultation de MM. Ballot, Demangeat, Plocque et de Vatimesnil, Rev. prat. 1859, t. VIII, p. 333 et s. ; Comp. MM. Aubry et Rau I, p. 108; mais, sur ces derniers auteurs, voir *Infra*, p. 66 note 2.

ils sont présumés y avoir renvoyé. Mais autant il est logique d'interroger cette loi, organe de la volonté des contractants, quand il s'agit de compléter l'expression de cette volonté, autant il serait étrange de s'y rapporter pour les règles supérieures aux conventions particulières; et tel est bien la nature de la prescription.

D'ailleurs, pas plus que la précédente, cette opinion ne tient compte de ce que la prescription constitue une exception de procédure et non l'extinction d'un droit (1).

Il n'y a même pas lieu d'adopter la distinction de la Cour de Chambéry, et de faire prévaloir la loi de la naissance du contrat dans le cas où la prescription impliquerait une peine infligée au créancier négligent et non une présomption de paiement, par exemple, quand il s'agirait de la prescription quinquennale des intérêts. Cette distinction est inexacte. Toutes les prescriptions ont un caractère pénal. Au surplus, serait-elle fondée, qu'elle aboutirait à la conclusion opposée. Les prescriptions édictées à titre de déchéances devraient, encore moins que les autres, dépendre de l'arbitraire des parties et de la loi qui n'est prise en considération que comme expression de leur volonté. Ajoutons, au point de vue spécial de la prescription quinquennale de l'art. 2277, qu'elle intéresse particulièrement l'ordre public puisqu'elle a pour but d'éviter que le débiteur ne soit ruiné par une réclamation d'intérêts capitalisés. Elle est donc moins que toute autre abandonnée aux conventions privées (2).

(1) Labbé, loc. cit.

(2) Voir la note de Sirey sous l'arrêt précité de Chambéry.

Le lieu du paiement ne doit pas avoir plus d'influence sur la réglementation de la prescription. On fait observer que la prescription revient à une déchéance, et que l'incurie du créancier doit être punie par la loi du lieu où elle s'est produite (1).

Mais, en admettant ces prémisses, la conclusion n'en est pas moins inexacte, car l'inaction fautive n'a pas eu pour théâtre le lieu de l'exécution du contrat, mais bien le domicile du créancier. Donc, même en acceptant le point de départ de ce système, en arriverait logiquement à l'opinion de Pothier que nous avons déjà réfutée.

Bien plus ! si l'on envisage la prescription comme la punition d'une négligence, il faut dire que le créancier doit être frappé par la loi à laquelle son incurie a fait infraction, en d'autres termes par la loi du lieu de la poursuite, car, pour interrompre la prescription, une démarche au lieu du paiement n'aurait pas suffi. Il aurait fallu une sommation, une assignation (2).

Le domicile du débiteur compte le plus de partisans. — Mais le désaccord éclate parmi eux pour le cas où ce domicile a changé depuis la constitution de la dette jusqu'au jour de l'introduction de l'instance. Faut-il opter pour le dernier domicile ? La négative se fonde sur ce que l'équité se refuse à ce que l'une des parties puisse à son gré empirer la position de l'autre. L'affirmative répond que la prescription, n'étant qu'une excep-

(1) Troplong, Prescription, n° 38. Bertauld, Qest. prat., 1^{re} série, n° 150.

(2) Marcadé, loc. cit.

tion, ne peut être gouvernée par une autre autorité que l'action qu'elle paralyse; or, l'action est soumise à la loi du dernier domicile. Elle pourrait ajouter que l'intérêt en jeu est supérieur aux intérêts particuliers. Toutefois, Boullenois, qui a le premier proposé cette opinion, a cru devoir en atténuer la rigueur en admettant que si la prescription établie par la loi du nouveau domicile était plus courte que celle consacrée par la loi de l'ancien, le débiteur ne pourrait compter que le temps écoulé depuis son changement de domicile (1).

L'ensemble des raisons qui précèdent réfute les diverses solutions données, suivant les cas, par de Savigny pour la fixation du *droit local de l'obligation* (2).

La proposition qui se dégage de l'exposé des systèmes précités, n'est autre que celle énoncée par nous en tête de cette controverse : les règles sur la prescription libératoire des obligations sont d'ordre public. Elles se rattachent intimement à la procédure. L'autorité qui permet la poursuite doit en limiter la durée. Elle seule peut fixer à partir de quel moment les éléments d'une décision éclairée ont péri. Il serait choquant que des magistrats ne pussent admettre la prescription alors que le législateur dont ils sont les représentants, croit dangereuse la preuve du droit litigieux, ou, à l'inverse, qu'une exception tirée d'une loi étrangère les empêchât de procéder à la constatation d'un droit qui, d'après ce législateur, peut encore être faite avec certitude.

(1) Des statuts, t. 2, p. 530

(2) Labbé, loc. cit.

Souvent, d'ailleurs, il n'y aura pas d'intérêt à distinguer ce système du précédent, le tribunal du domicile du débiteur étant ordinairement appelé à statuer sur les actions personnelles. Cependant cet intérêt peut exister en matière commerciale où le législateur français a multiplié les attributions de compétence (art. 420 c. pr.) (1). Il en serait de même dans le cas où un créancier français, usant de la faculté que lui confère l'art. 14 c. civ., assignerait un étranger devant un tribunal français pour une obligation contractée en pays étranger. Le but qu'a poursuivi le législateur en fixant à trente ans la durée des plus longues prescriptions, ne permettrait pas aux juges de condamner le défendeur si le Français lui objectait que la dette n'aurait pu, dans le pays où elle a été constituée, s'éteindre que par une prescription de quarante ans. Nous venons de prévoir une hypothèse où l'application de la loi française profiterait à l'étranger. Mais la solution serait la même si cette application lui était préjudiciable. Telle est la conséquence nécessaire de l'art. 14 combiné avec les principes reçus en matière d'ordre public (2).

(1) Labbé, loc. cit. — En reproduisant ici l'opinion si habilement présentée par le savant professeur de Paris, nous croyons pouvoir lui laisser toute sa portée naturelle, et nous nous refusons à faire aux autres systèmes la concession que M. Labbé se montre, en terminant, assez disposé à leur accorder.

(2) *Sic* Aubry et Rau, I, § 30 p. 108, note 69. L'opinion formulée par MM. Aubry et Rau au point de vue particulier de l'art. 14 c. civ., ne ruine-t-elle pas, logiquement, leur principe général d'après lequel la prescription libératoire serait soumise à la loi du lieu où l'obligation a pris naissance? Cela nous paraît incontestable.

Le système auquel nous nous arrêtons, est aujourd'hui généralement suivi en Angleterre et dans l'Amérique du Nord (1). Il est enseigné par Wheaton, qui met sur la même ligne et soumet également à la *lex fori* « tout ce qui concerne la forme de procéder et la » prescription » (2); par Kent, qui se fonde sur ce que « la fixation du temps de la prescription appartient à » chaque gouvernement » (3); par Story, qui va jusqu'à dire : « *Il est admis par la jurisprudence internationale* » que tous procès seront intentés dans le temps requis » par la loi locale » (4).

Beaucoup de juridictions étrangères se sont prononcées dans le même sens. On peut notamment citer plusieurs décisions de la Louisiane (5) et plusieurs du tribunal supérieur de Berlin (6). Cependant la jurisprudence constante du tribunal supérieur de Leipzig applique la loi du lieu de la passation du contrat (7). Le Sénat de Varsovie a d'abord été du même avis; puis, par un arrêt de 1871, s'est prononcé pour la *lex fori*, et, en 1873, est revenu à sa première opinion (8).

(1) Journ. du dr. int. pr. 1877, p. 244.

(2) Elements of international law, p. 139.

(3) Commentaries of American law s, II, p. 462.

(4) Conflict of laws § § 576-577.

(5) Journ. de dr. int. pr. 1876, p. 129.

(6) Id. 1877, p. 243. Telle est en général la doctrine de tous les pays de *Droit germanique*, V. Lehr. *Éléments de droit civil germanique*, p. 10, n° 11.

(7) Journ. de dr. int. pr. 1878, p. 627.

(8) Id. 1874, p. 333.

La Haute-Cour des Pays-Bas, dans sa décision du 2 avril 1874, tient pour un principe incontestable de droit international que la prescription dépend de la loi du domicile du débiteur. Mais un passage de cet arrêt nous donne tout lieu de supposer que si, dans l'espèce, le débiteur avait été domicilié hors de Hollande, et que la loi de son domicile eût été, en conséquence, distincte de la *lex fori*, la Haute-Cour aurait appliqué cette dernière législation. On lit, en effet, dans cette décision : « ... Il faut admettre comme règle de droit que pour la prescription, *comme pour l'action elle-même*, c'est la loi du pays où le défendeur demeure qui doit recevoir application. »

« ... Cela résulte de ce que les lois réglant la prescription, *comme celles qui régulent l'action elle-même*, font plus particulièrement partie de celles qui doivent protéger les habitants d'un pays *contre des actions sans fondement et sans fin*..... l'on peut admettre aussi que cette règle a été acceptée comme règle générale de droit international » (1).

La même remarque peut d'ailleurs être faite à propos du dernier état de la jurisprudence française, laquelle après avoir incliné jusqu'en 1869 vers la loi de la formation du contrat (2), s'est prononcée à partir de cette époque pour la loi domicile de ce débiteur (3).

(1) I de 1874, p. 144.

(2) Nous citerons, notamment, dans ce premier sens, Alger 18 août 1848 (Heffner c. Gambini.) S. 49, 2, 263 ; D. P. 49, 2, 263 ; J. P. 48, t. 2, p. 347. Voir sous cet arrêt l'indication de plusieurs autres décisions.

(3) Voir Cass. civ. 13 janv. 1869 (Albrecht et fils, c. Schœffer et C^{ie})

Les tribunaux français n'ont jamais eu à se prononcer entre la loi de ce domicile et celle du lieu de la poursuite, les deux lois se présentant à eux confondues en fait. L'arrêt de cassation du 12 février 1869, renferme même le considérant suivant dont la portée nous est toute favorable : « ... En matière d'actions personnelles les règles de la prescription sont celles de la loi du domicile du débiteur, qui, *poursuivi en vertu de la loi de son pays*, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette même loi qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet. » Si le débiteur peut se retrancher derrière les termes de sa législation nationale, c'est parce qu'il est poursuivi en vertu de cette législation. Ce qui revient à dire que la cour de cassation considère la prescription comme le corollaire de l'action.

Nous avons déjà [signalé la jurisprudence du tribunal supérieur de Berlin. Mais, tout en posant en principe que la prescription doit être appréciée conformément à la *lex fori*, cette juridiction a, dans sa décision du 18 mars 1875, formulé un tempérament qu'il est intéressant de noter. Partant de cette idée que le juge qui connaît de l'action est ordinairement celui du domicile du débiteur, et qu'il serait inique de laisser à celui-ci la faculté d'empirer par un changement de domicile la position du créancier, le Tribunal

du Midi et Fraissinet.) D. P. 1869, 1, 135 ; S. 1869, 1, 49 ; J. P. 1869, 113. — Montpellier 31 mars 1873 (Moutet c. C^{ie} des Messageries maritimes.) J. de dr. int. pr., 1874, 29 ; D. P. 74, 2, 58 ; et, sur pourvoi, cass. civ. 4 août 1875, J. de dr. int. pr., 1876, p. 454 ; D. P. 1875, 1, 471.

supérieur subordonne pour le défendeur la possibilité d'invoquer la *lex fori* à la condition qu'il prouvera que dès le commencement de la prescription opposée le demandeur aurait pu porter son action devant le juge actuel.

XIV. — Revenons aux principes communs à toutes les dispositions de police et de sûreté.

L'étranger n'est évidemment jamais excusable d'avoir enfreint les lois répressives d'actions universellement réprouvées par les peuples civilisés. On ne peut même admettre qu'il soit à leur égard recevable à objecter son ignorance. Mais on s'est demandé s'il n'en est pas différemment pour les règlements de police purement locaux dont l'homme le plus honnête et le plus scrupuleux peut ne pas même soupçonner l'existence. L'étranger ne doit-il pas, quant à eux, pouvoir invoquer son ignorance, sa bonne foi, pour échapper, non pas, bien entendu, à la condamnation en dommages-intérêts au profit de la partie civile, mais à l'application de la peine ?

La négative a aujourd'hui prévalu, et nous la croyons fondée. Les lois de police ne comportent pas de distinctions tirées de la connaissance ou de l'ignorance de leurs dispositions ; puis, l'intérêt général s'oppose à ce que l'on entre, en cette matière, dans l'examen de circonstances éminemment délicates et qui échappent par leur nature à l'appréciation des juges (1).

(1) Demol. I, p. 85. n° 73.

Mais si l'étranger prouvait qu'il était impossible, au moment où il contrevenait au règlement de police, qu'il se fût renseigné sur l'existence de ce règlement et sur ces prescriptions, par exemple, parce que la contravention a été commise au moment même où il débarquait sur le sol français, ce fait autoriserait les juges à admettre une excuse légitime fondée sur un cas de force majeure. A l'impossible nul n'est tenu. Cet axiome ne peut être écarté même en matière de police (1).

§ II. — *De la règle LOCUS REGIT ACTUM.*

I. — Il est souvent difficile en pays étranger et même impossible de se renseigner sur les formes prescrites pour la confection d'un acte par la loi du lieu où cet acte doit être exécuté. Les praticiens indigènes ne connaissent ordinairement que leur législation, et, en supposant qu'on soit fixé sur les formalités en vigueur au lieu de l'exécution, on ne pourra souvent les accomplir, soit qu'il n'y ait pas dans le pays où l'on se trouve d'officiers publics, soit que les officiers publics n'y aient pas compétence pour recevoir les actes de la nature de ceux qu'on veut passer.

Cependant l'intérêt des individus de toutes les nations et, par conséquent, celui de toutes les nations elles-mêmes réclamaient impérieusement que les étrangers pussent, hors de leur patrie, faire les divers actes de la vie civile sans être sans cesse exposés à des causes

(1) Demol. p. 86. — *Contra*, Pietro Esperson, art. préc., n° 22.

de nullité. C'est de cette nécessité toute pratique qu'est sortie la règle *locus regit actum*.

II. — M. Laurent donne une seconde base à la vieille maxime. Nous l'avons justifiée par la nécessité. Il la fonde encore en raison. Chaque législateur est particulièrement éclairé sur l'état moral du pays auquel s'adresse ses injonctions. Il doit, par suite, être réputé avoir réglémenté la forme des actes de la manière qui devait le mieux garantir la liberté du consentement et prouver l'existence de la convention. Il est donc rationnel, quand on contracte, de suivre les formes locales puisqu'elles sont adaptées au milieu social où l'on se trouve. La remarque nous paraît profondément exacte (1).

III. — Le principe *locus regit actum* n'était pas connu en droit romain. Il paraît avoir été d'abord mis en question au sujet des testaments. Bartole est un des premiers qui s'efforcèrent de le faire triompher.

Quoi qu'il en soit, au XVI^me siècle, la maxime *locus regit actum* était universellement admise, et Dumoulin pouvait écrire quelle exprimait l'opinion de tous les docteurs.

Aujourd'hui, non-seulement elle est de jurisprudence dans tous les pays (2), mais encore elle est consacrée par beaucoup de législations. Nous citerons comme posant le principe d'une façon nette et absolue le § 17,

(1) Dr. civ. inter., II, n° 236, p. 424.

(2) Pasquale Fiore, Dr. inter., priv. n° 315, p. 487.

chap. 2, part. I du code Bavarois: le § 11, tit. 5, part. I du code général de Prusse, l'art. 33 de chacun des traités relatifs à l'administration de la justice que la Prusse a conclu avec les divers états Allemands (1). Le code civil italien de 1865, dans les art. 9 et 10 de ses dispositions générales prévoit les principales applications de ce principe (2). Le nouveau code de Mexico, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1871, l'a également inscrit dans son art. 15.

La maxime *locus regit actum* ne pouvait être passée sous silence lors de la rédaction du code civil français. Dans le projet primitif du titre préliminaire, le gouvernement l'avait formellement consacrée par l'art. 5 qui était ainsi conçu : « La forme des actes est » réglée par la loi du pays dans lequel ils sont faits ou » passés. » Cette disposition n'était que la traduction fidèle du brocard latin. Elle fut cependant vivement critiquée. Pour les actes passés en France par les nationaux, elle est, disait-on, absolument inutile, les formes des actes étant aujourd'hui les mêmes pour toute la France. Quant à ceux qui seront faits à l'étranger, le législateur français ne peut avoir la prétention d'imposer cette règle aux autres nations. Qu'il déclare simplement tenir pour valables les actes que les Français passeront en pays étranger en suivant les formes prescrites par la loi locale; et même, cette dernière rédaction ne serait pas sans danger; car un mineur pourrait s'en autoriser pour soutenir la vali-

(1) Félix et Demang., I, p. 187 et suiv.

(2) Traduc. Orsier., p. 3.

dité du mariage contracté par lui sans le consentement de son père dans un pays où sont en vigueur les principes du concile de Trente. Cette objection était sans valeur; le consentement du père est une condition de la capacité même du futur conjoint, et la question de savoir si celui-ci peut s'en passer n'est pas subordonnée à la maxime *locus regit actum*, mais à son statut personnel. Quoiqu'il en soit, le conseil d'État rejeta l'art. 5 de son second projet.

Mais il importe de bien déterminer le motif et le sens de cette suppression. Le législateur de 1804 n'a point méconnu la règle. Il l'a même considérée comme un axiome de droit tellement incontestable qu'il était inutile de l'inscrire dans le Code. Il l'a, d'ailleurs, si bien admise, qu'il en a fait des applications dans les art. 47, 170 et 999. Seulement, en supprimant du projet l'art. 5, le législateur a voulu assurer aux juges une complète liberté d'appréciation relativement à l'opportunité de l'application de la règle. Le cas objecté était mal choisi; mais l'intention n'en était pas moins certaine. Le principe *locus regit actum* ne protège donc pas les actes qu'un Français est allé passer à l'étranger uniquement pour éluder les prescriptions de sa loi nationale (1).

IV. — Elle ne concerne que les formalités proprement dites, c'est-à-dire celles que les auteurs qualifient *extrinsèques*, *probantes* ou *instrumentaires*. Nous verrons que les conditions de capacité et les éléments

(1) Laurent, op. cit., p. 433, n° 239.

essentiels des actes, très-improprement désignés par les auteurs sous le nom de formalités *intrinsèques*, sont soumis à des règles différentes.

V. — Par application de l'adage *locus regit actum*, il faudra, pour savoir si un acte est authentique, se référer aux conditions qui, d'après la loi du lieu de sa passation, pouvaient lui conférer l'authenticité.

Les actes sous-seing privé que les Français font à l'étranger et ceux que les étrangers passent en France, sont également valables s'ils présentent les conditions de validité exigées au lieu de leur rédaction. On s'est pourtant demandé si cette solution n'excédait pas la raison d'être de la règle *locus regit actum*. Cette règle n'est applicable que lorsqu'elle est nécessaire ; or il semble qu'elle n'ait ce caractère que par rapport aux actes authentiques. Les officiers publics du pays où l'acte est passé ne peuvent procéder d'après une loi qu'ils ignorent, ou dont ils ne peuvent, tout au moins, reconnaître la souveraineté. Mais l'étranger qui fait son testament non authentique ou contracte sous-seing privé avec ses compatriotes, peut suivre sa loi nationale.

L'opinion contraire est généralement adoptée. En fait, la loi du lieu de la rédaction est ordinairement la seule qui soit connue du testateur ou des contractants ; ils ne font même, la plupart du temps, qu'exprimer leurs intentions, et l'*instrumentum* est rédigé par des hommes de loi, suivant les usages locaux.

En ce qui concerne particulièrement les Français contractant à l'étranger, le troisième alinéa de l'art. 3 corrobore ce raisonnement en disposant que

les lois sur l'état et la capacité des personnes sont les seules auxquelles les Français ne puissent se soustraire en quittant leur pays.

De ce que la règle *locus regit actum* gouverne également les actes non authentiques, il faut notamment conclure que l'étranger dont la loi nationale n'a pas consacré le testament olographe, peut néanmoins, en France, tester dans cette forme ; mais nous verrons plus loin ce qu'il faudrait décider si la loi étrangère interdisait expressément d'en faire usage.

VI. — Notre principe a, en matière de preuve, des effets très-remarquables. Il semble tout d'abord que ce soit là une question d'un ordre différent et qui doive être tranchée d'après d'autres idées. La preuve n'est-elle pas un élément de procédure ? ne doit-elle pas, en conséquence, être gouvernée non pas par la loi du lieu où est passé l'acte dont elle doit établir l'existence, mais d'après celle du pays où elle doit être administrée ? On répond avec raison que la nature de la preuve est trop intimement liée à la forme de l'acte juridique pour que les deux questions ne soient pas régies par la même loi. Ce point a été formellement admis par le législateur italien de 1865 (1). La preuve testimoniale d'une obligation dont l'objet est supérieur à 150 fr. sera donc recevable devant les tribunaux français, lorsque la loi du pays où la convention a été passée, n'exigeait pas qu'elle fût rédigée par écrit.

(1) « Les moyens de preuve des obligations sont déterminés par la loi du lieu où s'est rédigé l'acte. » V. Disp. gén., art. 10, 2^e al.

VII. — Dans quelle mesure la règle *locus regit actum* s'applique-t-elle aux actes solennels ?

La loi française exige que la reconnaissance d'un enfant naturel soit faite par acte authentique. Elle prescrit également pour la donation, le contrat de mariage et la constitution d'hypothèque, la forme notariée avec minute. Elle entoure enfin la célébration du mariage de certaines solennités à peine de nullité. Est-ce à dire que les Français ne pourront accomplir ces divers actes dans des pays où ces formalités ne sont pas en usage ?

M. Laurent a repris avec beaucoup de force la défense de l'opinion soutenue par Duranton. La difficulté serait tranchée par le rôle que joue l'authenticité dans les actes solennels. Elle n'est pas simplement destinée à en faciliter la preuve. Elle l'est de l'essence même de l'acte, car le consentement n'est pas réputé exister s'il n'est donné dans la forme authentique. Supprimez donc la condition de la solennité, et vous supprimez le consentement et l'acte lui-même.

Il est vrai, ajoute le savant professeur de Gand, que les formalités constitutives de l'authenticité varient avec les pays, et que les officiers publics du lieu où le Français voudra passer l'acte, pourront se refuser à remplir celles qu'exige la loi française ; mais cet inconvénient pratique disparaît quand on songe que c'est la condition même de l'authenticité, et non les formalités d'où elle dérive, qu'il faut sauvegarder. Donc ce système fait aux actes solennels une application restreinte, mais pratiquement suffisante, de l'adage *locus regit actum* (1).

(1) Princ. du dr. civ. I, n° 99, p. 154 et s. ; et Dr. civ. inter., II, n° 240-244, p. 433-442.

Le système contraire a prévalu dans la jurisprudence française ; il a réuni également les suffrages de la grande majorité des auteurs. Dans notre estime, il répond seul au véritable vœu du législateur français, ainsi qu'aux exigences de la pratique.

L'accomplissement des formalités rentre dans l'essence même des actes précités, en ce sens que pour des considérations morales, politiques, en un mot absolument locales et relatives, le législateur français a décidé que sur le territoire où s'exerce sa souveraineté, le consentement ne serait valablement donné et ne pourrait être prouvé que s'il était exprimé dans certaines formes. Mais, en réalité, il n'a fait qu'établir une présomption irréfragable de non existence du consentement pour le cas où on n'observerait pas ses prescriptions ; il n'a point confondu, il ne pouvait pas confondre le consentement lui-même avec le mode d'expression ou de preuve du consentement.

De plus, il importe de maintenir des testaments et des contrats faits de bonne foi dans la forme qui seule pouvait être indiquée aux parties. L'annulation d'actes ainsi passés aurait les résultats les plus iniques et les plus désastreux.

Il n'est même pas exact que les Français puissent toujours à l'étranger réaliser la condition même de l'authenticité. Les officiers publics du pays peuvent, en effet, se refuser à authentifier des actes qui ne rentrent pas dans leurs attributions.

Nous ajouterons à ces arguments la considération suivante : Est-il bien vrai que l'opinion de MM. Duranton et Laurent respecte les véritables exigences du législateur français, et sauvegarde les mesures

de prudence qu'il a voulu établir relativement à la manifestation du consentement dans certains actes ? Dans plusieurs pays le caractère de l'authenticité résulte de formalités élémentaires, et qui ne présentent pas grandes garanties : ici, l'officier public ne joue pas un rôle aussi important que dans la loi française, son contrôle est moins rigoureux, sa participation à l'acte purement accessoire ; ailleurs, la loi s'est passée tout à fait de son ministère, l'institution des officiers publics est même absolument incompatible avec les traditions et les usages locaux. Ainsi, dans certains pays, l'authenticité dépend de formalités qui, sans contredit, aux yeux de notre législateur, eussent été absolument insuffisantes pour assurer l'existence et la liberté du consentement. Ce qu'il a considéré comme une garantie, ce n'est pas, évidemment, le mot d'*authenticité*, mais bien toutes les conditions dont ce mot suppose la réalisation, comme le concours d'un notaire et la présence de témoins. Donc, en admettant qu'il ait eu, au point de vue de notre règle, les exigences qu'on lui prête, ce n'est point lui donner satisfaction que de maintenir pour les actes passés à l'étranger l'authenticité elle-même, alors que, par la force des choses, on doit renoncer aux conditions essentielles de l'authenticité. Et si l'on nous répond que le législateur français ne pouvait avoir la prétention d'imposer aux autres souverainetés des solennités qui, par nature, doivent varier avec les peuples, nous demanderons à quelles limites on peut s'arrêter dans ce raisonnement ? Comment ! les tribunaux français devront s'incliner devant la loi étrangère qui fait découler l'authenticité et toutes ses conséquences si

graves d'une formalité insignifiante, et ils pourront méconnaître la loi étrangère qui implique l'inutilité de l'authenticité ? De deux choses l'une : ou l'on argumente rigoureusement de la définition théorique des actes solennels et de l'intention véritable du législateur : dans ce cas, les Français ne peuvent passer ces actes à l'étranger, quand il leur est impossible de remplir toutes les conditions déterminées par la loi française, ou l'on recule devant les difficultés d'une pareille situation, et alors la règle *locus regit actum* reprend tout son empire. Mais la première de ces déductions crée des embarras insolubles, et tend à à bouleverser les engagements juridiques et même les rapports de famille ; aussi a-t-elle effrayé MM. Duranton et Laurent qui affirmaient pourtant le principe d'où elle découle.

VIII. — Le Code présente deux dérogations expresses à la règle *locus regit actum*.

L'une, écrite dans l'art. 2128, est relative aux contrats qui confèrent une hypothèque sur les immeubles situés en France.

L'autre, insérée dans l'art. 999, porte que les français ne peuvent tester à l'étranger que dans la forme olographe conformément aux prescriptions de la loi française ou par acte authentique, en suivant la loi locale.

IX. — Mais que faut-il décider si une loi étrangère renferme une disposition analogue à l'art. 999 du code civil français ? Le testament olographe fait en France par un étranger à qui sa loi interdit expressément ce

mode de tester, doit-il être tenu pour valable par les juges français ?

Le code hollandais, par exemple, contient les deux dispositions suivantes : « Art. 992 : Un Néerlandais qui se trouve en pays étranger ne pourra faire sa disposition de dernière volonté que par acte authentique et en observant les formalités usitées dans le pays où l'acte sera passé ; néanmoins, il pourra aussi disposer par acte de sa main de la manière prescrite par l'article 982. » — « Art. 982 : On peut faire des dispositions à cause de mort par un simple acte écrit, daté et signé par le testateur, sans autres formalités. Cependant ces dispositions ne pourront porter que sur la nomination d'exécuteurs testamentaires, sur les funérailles, sur des legs d'habits, de linge de corps, de parures déterminées ou de certains meubles » (1). En résumé, le Néerlandais ne peut, hors de sa patrie, tester dans la forme olographe, sauf quand il se borne à disposer de certains objets limitativement désignés. Cela posé, les juges français pourront-ils prononcer la validité d'un testament olographe fait en France par un Hollandais au mépris des art. 992 et 982 précités ? Lacour d'Orléans s'est prononcée pour l'affirmative (2). Le ministère public était pour l'opinion contraire. Nous nous rangerons à son avis. M. l'avocat général Grefrier objectait avec beaucoup de raison que, la règle *locus regit actum* reposant sur l'accord tacite des diverses nations, on ne pouvait l'invoquer à l'encontre de celles qui ont renversé, quant à elles, la présomption

(1) Traduct. de Fœlix, Tr. de dr. int. priv., I, p. 190.

(2) 4 août 1859 (Simon Wall, c. Van Offen et Cornu), J. P. 59, 1040.

de consentement. Il ajoutait que la disposition du code hollandais qui interdisait aux nationaux de faire à l'étranger un testament olographe, ne concernait pas simplement la forme de l'acte, mais bien la capacité du testateur, et qu'elle rentrait ainsi dans le statut personnel; enfin, que s'il en était autrement, on ne comprendrait pas la présence dans les codes de dispositions analogues à notre art. 999 ou à l'art. 992 du code néerlandais (1). Mais nous ne dirons pas avec M. Laurent que la question est la même que celle examinée plus haut relativement aux actes solennels. Nous croyons, au contraire, pouvoir si bien distinguer ces deux questions que nous leur donnons des solutions opposées. Dans le présent cas, la loi étrangère interdit, par hypothèse, l'usage, en pays étranger, de la forme olographe, tandis que, dans l'autre cas, nous ne supposons point qu'elle renfermât une prohibition de ce genre au sujet des actes solennels.

X. — Une très vive controverse s'agitait dans l'ancien droit sur le point de savoir si la *maxime locus regit actum* avait un caractère impératif ou simplement facultatif. Comme nous l'avons déjà vu, l'art. 999 a tranché la question dans le dernier sens pour les testaments olographes faits par les Français en pays étranger. Le motif de cette disposition est que ces testaments étant l'œuvre personnelle et exclusive

(1) Sic un arrêt de la cour d'appel de Liège, en date du 18 juin 1874, (Belgique judic., 1874, p. 837), analysé dans la Rev. de Gand, 1876, p. 495..

du testateur, la circonstance que celui-ci se trouve dans un pays ou dans un autre, est à leur égard sans influence. L'art. 999 nous amène à décider que le testament fait par un Français sur un territoire où la forme olographe n'est pas admise, et même où elle est expressément répudiée, devrait être déclaré valable par les tribunaux français.

Mais, pour tous les cas autres que celui spécialement prévu par l'art. 999, la controverse subsiste.

Dans le doute, M. Demolombe croit plus sûr de décider que la règle est absolue et impérative, c'est-à-dire d'adopter l'opinion qui prévalait dans l'ancien droit, et qui l'emporte aussi dans la jurisprudence moderne. Mais l'état social de la France fournissait autrefois à cette opinion une base qui lui manque aujourd'hui. Les étrangers ne sont plus réputés, pendant leur résidence en France, sujets temporaires. Cette différence est bien marquée par l'art. 3 qui ne les soumet aux lois françaises que dans les questions de police et de sûreté. Le législateur, en écrivant l'art. 999, est parti de l'idée que notre règle est purement facultative ; or les raisons qui l'ont conduit à disposer ainsi pour les testaments olographes faits par les nationaux en pays étranger, s'appliquent aussi bien aux actes sous-seing privé qu'ils passent hors de France. D'un autre côté, il y a même raison de décider à l'égard des étrangers qu'à l'égard des nationaux. Ici encore le système auquel nous nous rallions, a été consacré par le code civil italien. On lit dans les dispositions préliminaires, art. 9, § 1 : « Les formes extrinsèques des actes entre vifs et de ceux de dernière volonté suivent la loi du lieu où ils se font. Les

disposants ou les contractants ont la liberté de s'en tenir aux formes fixées par leurs lois nationales, pourvu qu'elles soient communes à toutes les parties.»

Nous ne croyons pas d'ailleurs devoir faire la même réserve que M. Pasquale Fiore, et décider avec cet auteur que la règle serait impérative si un contrat passé entre étrangers de même nationalité devait être exécuté au lieu même de sa passation (1). Cette exception nous paraît complètement arbitraire.

XI. — Certaines formalités, prescrites par la loi française, ne peuvent, par leur nature même, être accomplies qu'en France ; elles échappent donc nécessairement au principe *locus regit actum*. Telles sont les transcriptions de donations immobilières (art. 939) et les inscriptions d'hypothèques (art. 2134.)

XII. — Rappelons en terminant que par suite d'une fiction généralement admise entre les diverses nations modernes, et d'après laquelle la maison des représentants d'une puissance étrangère est considérée comme une extension du territoire de cette puissance, les actes faits par des Français en pays étranger devant les consuls ou les agents diplomatiques français, sont réputés faits dans le pays des parties, et, en conséquence, considérés comme valables dans le lieu de leur passation, bien qu'on n'ait pas suivi les formes locales. La réciproque doit être admise pour les actes passés en France par des étrangers devant les agents représentatifs de leur nation.

(1) Dr. int. priv., n° 320, p. 493.

§ III. — *Des règles qui déterminent la validité intrinsèque, les effets et l'interprétation des actes juridiques.*

I. — C'est à la volonté exprimée ou présumée des parties qu'il faut se rapporter pour interpréter les actes juridiques et en déterminer les effets. Ce point a été supérieurement mis en lumière par Dumoulin (1). Quand les contractants n'ont pas fait de stipulation expresse, cette règle a ordinairement pour conséquence de rendre encore applicable au point de vue que nous venons d'indiquer la loi du lieu où les actes sont passés. Il est évident qu'il doit en être ainsi quand les parties contractent dans le pays où elles sont toutes domiciliées. Elles sont, en effet, censées connaître mieux que tout autre la loi de leur domicile puisque c'est sous l'empire de cette loi qu'elles vivent ordinairement. On doit décider de même quand les parties ont des domiciles différents. Dans ce cas, il n'y a pas de motif pour supposer qu'elles se soient référées de préférence à la loi du domicile de l'une d'elles. Mais, quand une personne teste à l'étranger, on doit s'en tenir à la présomption si naturelle qu'elle a eu en vue la loi de son domicile, c'est-à-dire la loi qui lui est la plus familière.

D'ailleurs, comme la matière dont il s'agit est absolument indépendante du statut personnel, et qu'il serait aussi étrange qu'inutile d'entrer ici dans des considérations de races, de mœurs et de tempéraments,

(1) V. Laurent, le Droit civil international, I, n° 271-272, p. 379 et suiv.

il ne suffit pas, pour que la loi du lieu de la passation des actes cesse d'être applicable, que les parties aient toutes la même nationalité ; il faut qu'elles soient domiciliées au même lieu.

II. — Les idées qui précèdent sont généralement admises dans la doctrine moderne. Cependant de Savigny a estimé que l'interprétation et les effets des conventions étaient soumis à la loi du lieu où elles devaient être exécutées. Il en donne pour raison que c'est là seulement que l'existence des obligations est parfaite (1). Mais cette proposition est sans contredit inexacte. Le lien de droit se forme dès que les parties sont d'accord pour s'engager les unes envers les autres. L'exécution d'un contrat n'ajoute rien à sa validité ni à sa force obligatoire. L'idée contraire est inadmissible surtout en droit français où la propriété se transfère par le seul consentement (2).

III. — Les conventions matrimoniales sont dominées par des présomptions d'une nature particulière. Presque tous les auteurs modernes enseignent qu'en l'absence de contrat, les conjoints sont réputés avoir

(1) System, VIII, § 370, p. 205. — Il est curieux de noter que le tribunal de commerce de Marseille, par son jugement du 16 mars 1860, a posé le même principe que Savigny. V. Journ. de dr. int. priv., 1874, p. 14. D'après Lehr, dans les pays de droit germanique, les conditions intrinsèques d'un contrat seraient *en général*, à défaut d'expression de la volonté des parties, réglées par la loi du lieu de l'exécution. *Éléments de droit civil germanique*, p. 10, n° 11.

(2) Laurent, Princ. de dr. civ., I, p. 167.

adopté le régime qui est de droit commun au lieu du domicile matrimonial, c'est-à-dire du lieu où ils avaient, au moment du mariage, l'intention de s'établir. On décide encore généralement qu'il faut se référer à la même loi si les conventions sont obscures ou insuffisantes.

Bien que cette opinion eût déjà dans l'ancien droit de nombreux partisans, un accord parfait était loin de régner parmi nos vieux jurisconsultes. Les uns voulaient qu'on suivit la loi du domicile du mari; les autres, celle du domicile de la femme; ceux-ci, la coutume du lieu où la bénédiction nuptiale avait été donnée; ceux-là, celle dans le ressort de laquelle les conjoints seraient domiciliés au décès du prémourant. Enfin, dans le cas d'insuffisance ou d'obscurité des conventions, certains se prononçaient pour la loi du lieu où le contrat avait été passé (1).

Les opinions qui donnaient la préférence soit à la coutume du lieu de la bénédiction nuptiale, soit à celle sur le territoire de laquelle les conventions matrimoniales avaient été faites, furent bientôt abandonnées. Elles attribuaient trop d'importance à des circonstances qui ne révélaient nullement l'intention des conjoints. On repoussait aussi, en général, le système qui s'attachait au domicile qu'auraient les époux au décès du prémourant : Du moment, objectait-on très-bien, que les droits sont acquis aux époux dès leur mariage, il faut aussi que dès la même époque on sache quelle est la coutume qui fixe et organise ces droits; sans quoi les intérêts de la femme seraient en péril, le mari

(1) Bouhier, Cout. de Bourg., ch. XXI, n° 19.

pouvant toujours transporter le domicile commun dans le ressort d'une coutume moins favorable à la femme.

Le débat ne s'agitait sérieusement qu'entre les jurisconsultes qui tenaient pour la coutume du domicile de la femme, et ceux qui se référaient à la coutume du domicile du mari. Les premiers tiraient argument de ce fait que la majeure partie des conventions matrimoniales intéressaient la femme, et qu'il était logique de suivre la loi du conjoint dont la position était le plus en jeu. Les seconds répondaient qu'on ne pouvait présumer chez le mari l'intention de suivre la coutume du domicile de sa femme, puisque, au moment même du mariage, ce domicile changeait, et se confondait précisément avec celui du mari ; que la femme avait évidemment en vue, pour le règlement de ses conventions matrimoniales, la loi du domicile qui deviendrait le sien dès que ces conventions entreraient en vigueur. Au surplus, ajoutait Bouhier, la difficulté paraît nettement tranchée par les lois qui appellent le domicile du mari *domicilium matrimonii*. Ce raisonnement fort juste a aujourd'hui prévalu.

Mais l'observation de Bouhier nous amène à préciser dans quelle mesure il est vrai de dire que le domicile du mari est le domicile matrimonial. Les conventions des époux ne sont pas nécessairement régies par la loi du pays où le mari était domicilié lors de la célébration du mariage. Le contraire se présente quand, au moment de la célébration, les époux avaient arrêté qu'ils s'établiraient ailleurs qu'au domicile actuel du mari. La plupart du temps, en fait, le domicile matrimonial est précisément celui qu'avait le mari à l'époque du mariage. Cette coïn-

cidence explique la confusion qui règne souvent dans la terminologie des arrêts. Mais, en théorie, on doit soigneusement maintenir une distinction qu'on est même quelquefois appelé à établir en pratique. A parler exactement, il faut donc rechercher quel a été le premier domicile commun, ou mieux dans quel pays les conjoints se proposaient de fixer leur premier domicile commun. C'est moins au fait qu'il faut s'attacher qu'à l'intention (1). En effet, au moment de leur mariage, les époux doivent raisonnablement adopter la loi qui régit le territoire sur lequel ils ont dessein de transporter leurs intérêts (2). N'est-ce pas sur les exigences de cette loi, sur les garanties qu'elle leur accorde, sur ses diverses dispositions en un mot qu'ils pourront le plus facilement se renseigner? N'est-ce pas dans la sphère d'application de cette loi que finira probablement leur association conjugale? N'est-ce pas en conséquence dans cette loi qu'il leur sera le plus commode de puiser les bases juridiques de la liquidation et du règlement de leurs intérêts réciproques?

(1) Aussi, d'après la cour de cassation, le mariage contracté hors de France devant un consul anglais et selon les formes de la loi anglaise, entre un sujet anglais résidant en France et une Française qui ont déclaré ensuite expressément, dans différents actes authentiques, qu'ils étaient domiciliés en Angleterre, est-il régi par le statut matrimonial anglais et non par le statut français, *quoique les époux aient toujours habité la France depuis lors, et que le mari y soit décédé*. Cette décision (Ch. req. 18 août 1873) n'est qu'une saine application des principes. *Sic* la note sous cet arrêt dans le recueil de Dalloz.

(2) Lehr dit en termes absolus que dans les pays de droit germanique « c'est le domicile du mari que l'on considère pour régler les relations matrimoniales. » Op. cit., p. 11, n° 12.

Toutes ces prévisions ont dû influencer sur leur intention. Or la question à résoudre est une pure affaire d'intention (1).

IV. — Cette considération montre assez quel est le vice du système adopté par M. Louis Renault, dans le *Journal de droit international privé*, et qui s'attache, à défaut de conventions expresses, comme aussi dans le cas d'insuffisance ou d'obscurité du contrat de mariage, à la loi nationale du mari (2). La difficulté, nous croyons l'avoir démontré, ne peut être résolue à l'aide des principes qui gouvernent le statut personnel. Sa solution dépend complètement de la volonté présumée des parties. Nous partageons absolument l'avis du tribunal civil de Marseille : « Sur ce point l'intention est à considérer avant la nationalité (3). »

(1) La jurisprudence paraît définitivement formée en ce sens. Nous nous bornerons à citer ses dernières décisions. Voir Alger, 16 fév. 1867 (Saverio C. Arnoux), et Id. 1^{er} mai 1867 (Brouard, C. Hamida et autres.) S. 68, 2, 48 ; J. du P. 1868, 228. — Req. rej. 18 août 1873. (V^o Evans C. enregistrement.) D. P. 74, 1, 258 ; J. de dr. int. pr., 1875, p. 22 et 131. — Bordeaux, 2 juin 1875 (Môitessier et C^{ie} C. Dame Çaro) Jour. des arr. de Bordeaux, 1875, p. 212 ; J. de dr. int. pr. 1876, p. 182 ; D. P. 1876, 2, 143. — Id. 23 fév. 1876. (Dame de Bronski C. Brono Bronski.) J. des arr. de Bordeaux 1876, p. 48 ; J. de dr. int. pr. 1877, p. 237. — Id. 24 mai 1876 (Forgo), sur renvoi ; J. des arr. de Bordeaux 1876, p. 275 ; S. 1877, 2, 109 ; J. P. 1877, 471 ; D. P. 1878, 2, 79. — Aix, 12 mars 1878 (Epoux Camous C. cons. Ghisla) J. de dr. int. pr. 1878, p. 610 ; S. 1878, 2, 265 ; J. P. 1878, 1034.

(2) 1875, p. 426, note 1 ; sic Pasquale Fiore, n^o 330.

(3) Jug. du 25 mai 1877, confirmé par l'arrêt précité de la C. d'Aix du 12 mars 1878.

V. — Il n'est pas d'ailleurs nécessaire pour que des conjoints étrangers établis en France soient réputés soumis à la loi française relativement aux conditions civiles de leur union, qu'ils y aient fixé leur domicile avec l'autorisation du gouvernement. Cette autorisation a pour but de conférer aux étrangers la jouissance des droits civils ; or la jouissance de ces droits est sans influence sur le règlement des conventions matrimoniales, lesquelles dépendent exclusivement du droit des gens (1).

Peu importe aussi que les conjoints étrangers qui, au moment de leur mariage, étaient domiciliés en France, ou avaient l'intention de s'y établir, se soient mariés devant le consul ou les agents diplomatiques de leur pays (2). Cette circonstance n'infirme en rien la présomption qui résulte du choix de leur domicile matrimonial.

Enfin, il est indifférent que l'étranger qui s'établit en France après son mariage, épouse une française ou une étrangère (3).

(1) Sic l'arrêt précité d'Aix du 12 mars 1878. *Adde* Paris, 3 août 1849. (V^e Lloyd, C. héritiers Lloyd), S. 49, 2, 420 ; J. P. 50, 1, 563. — Id. 15 déc. 1853. (Breul C. hérit. Breul), S. 54, 2, 105 ; J. P. 56, 1, 482 ; D. P. 55, 2, 192.

(2) Sic arrêt précité d'Alger du 16 fév. 1867.

(3) Sic arrêt précité d'Alger du 1^{er} mai 1867. Par cette décision, la cour d'Alger a très-bien jugé que le régime de la communauté légale doit régir l'association conjugale d'un Français qui se marie avec une étrangère *même dans un pays où le régime dotal est seul en vigueur* s'il n'apparaît pas des circonstances qu'il eût quitté la France sans esprit de retour.

Les solutions qui précèdent sont vraies également pour le Français dont le domicile matrimonial est situé en pays étranger. Il faut donc aussi quant à lui avoir uniquement égard au siège de ce domicile, sans distinguer si son mariage a eu lieu en France ou à l'étranger ; si, dans la dernière hypothèse, il a été célébré, oui ou non, devant les agents diplomatiques français ; enfin, si son conjoint est français ou étranger.

VI. — La loi qui prononce l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des immeubles dotaux, est l'objet d'une vive controverse. Cela provient de ce que les interprètes la placent sans raison en dehors des règles générales que nous venons d'exposer. Cependant la question de savoir si les immeubles dotaux sont aliénables ou inaliénables, dépend, au moins en principe, de la volonté des parties comme l'interprétation de toutes les autres conventions matrimoniales ; il faut donc, ici encore, rechercher quelle est cette volonté, et, à défaut de déclaration expresse sur ce point, recourir à des présomptions.

Toutefois, quand il existe relativement à la condition des immeubles dotaux une disposition locale prohibitive, elle rentre dans le statut réel. Mais en serait-il de même si la loi de la situation établissait simplement l'aliénabilité ou l'inaliénabilité comme régime de droit commun avec faculté pour les parties d'y déroger par une clause expresse ? M. Demolombe répond affirmativement. Il ne motive pas d'ailleurs son opinion. Mais la négative nous paraît devoir l'emporter, et cela pour le motif que M. Demolombe lui-même invoque plus loin pour décider que la communauté lé-

gale ne constitue pas en France un statut réel, et n'est pas applicable aux immeubles qu'y possèdent des époux étrangers. Le régime de la communauté, dit-il, est sans doute en France le régime du droit commun ; mais, comme les parties peuvent l'écarter si bon leur semble, on doit raisonnablement, quand elles le maintiennent, le présumer conforme à leur volonté ; en définitive, c'est cette volonté qui prévaut ; or, si l'on imposait la communauté légale à des étrangers, on arriverait au résultat contraire.

Eh bien, le régime dotal, lui aussi, même en le supposant de droit commun, n'en a pas moins pour base, lorsqu'il est permis d'y déroger, la volonté présumée des parties, puisque, si ce régime n'avait pas concordé avec leurs intentions, elles pouvaient se soumettre à des règles différentes. Ainsi la solution qu'il convient d'adopter dans ce cas, ne doit pas différer de celle qu'il faudrait adopter si le régime dotal ne constituait même pas le régime de droit commun.

En d'autres termes, voici les deux questions qu'il nous faut examiner :

A. — Si les époux se sont mariés sous le régime dotal, et que la loi de leur domicile matrimonial ne fasse pas de l'inaliénabilité des immeubles dotaux une conséquence naturelle de ce régime, cette inaliénabilité s'impose-t-elle néanmoins pour les immeubles dotaux situés en France ?

B. — Les immeubles dotaux que possède à l'étranger une femme mariée sous le régime dotal français sont-ils inaliénables alors même que la loi de leur

situation ne leur reconnaîtrait pas ce caractère, ou au moins n'en ferait pas la conséquence ordinaire du régime dotal ?

A. — M. Demolombe reproche à M. Duranton d'avoir décidé que si les époux étrangers déclareraient adopter le régime dotal *tel qu'il est organisé par la loi française*, les immeubles dotaux situés en France seraient inaliénables.

Nous ne voyons pas pourquoi l'on critiquerait cette décision ; elle ne contrarie nullement la volonté des époux, elle en est au contraire la consécration. Il resterait seulement à examiner si, à l'instar de la disposition qui est, d'après certains auteurs, contenue dans notre art. 1390, la loi nationale des futurs conjoints ne les déclarait pas expressément ou implicitement incapables de renvoyer en termes généraux à une loi étrangère pour l'interprétation de leurs conventions matrimoniales. Mais c'est là un point de vue tout différent.

La question est un peu plus délicate si la femme ayant son domicile matrimonial à l'étranger, et possédant des immeubles dotaux en France, a simplement stipulé le régime dotal, sans expliquer si elle entendait l'adopter tel qu'il est réglementé par le code civil français ou par tout autre législation, et sans viser spécialement l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Pour interpréter ce silence, il faut consulter la loi du domicile matrimonial, et, suivant ses dispositions, déclarer aliénables ou inaliénables les immeubles dotaux situés en France. On voit donc qu'à notre avis le problème est étranger à la distinction des

statuts , et qu'il doit être résolu d'après les principes qui régissent toutes les conventions matrimoniales en général.

B. — Quant à la femme dont le domicile matrimonial est en France, il nous paraît évident que si elle adopte le régime dotal sans se prononcer expressément pour l'inaliénabilité des immeubles dotaux, ceux d'entre eux qui seront situés à l'étranger seront inaliénables, alors même que la loi de leur situation ne ferait pas de l'inaliénabilité la conséquence ordinaire du régime dotal.

Dans cette hypothèse, en effet, si la volonté de rendre ces immeubles inaliénables n'a pas été formellement déclarée par la femme, elle résulte cependant suffisamment de ce que la future épouse n'a pas, comme il lui était possible, restreint la portée ordinaire du régime dotal, qu'elle a d'ailleurs stipulé, sans distinguer entre ses divers immeubles dotaux, tel qu'il est organisé par la loi française.

VII. — Mais ici doit trouver place une remarque destinée à éviter une confusion. L'effet de l'inaliénabilité des immeubles dotaux est différemment apprécié par les auteurs. D'après les uns, elle engendre chez la femme une véritable incapacité ; d'après les autres, elle n'entraîne que l'indisponibilité des immeubles dotaux. Nous n'avons pas à examiner cette controverse. Disons seulement que pour nous la première solution est la vraie, et qu'ainsi, après avoir été amené, par l'application de règles étrangères à la théorie des statuts, à décider que les immeubles dotaux sont inalié-

nables, on est en présence d'une situation qui, elle au contraire, rentre dans le statut personnel, et doit par conséquent, supposé les principes de droit public sauvegardés, être acceptée par les tribunaux de tous les pays (1).

VIII. — Le mode d'accomplissement des obligations est gouverné par la loi du lieu de leur exécution. Cette règle s'applique notamment au paiement, à la délivrance, ainsi qu'à la mise en demeure et à ses effets. Comme en pratique les engagements sont souvent exécutés au lieu même où ils sont formés, les auteurs posent en principe que les conventions sont aux divers points de vue que nous venons d'indiquer, régies par la loi du lieu de leur passation (2). Mais il vaut mieux formuler la proposition comme nous l'avons fait, car, dans le cas prévu, cette dernière loi n'est suivie que parce qu'elle est en même temps celle du lieu de l'exécution ; en réalité, ce n'est qu'à ce titre qu'elle est appliquée.

(1) Pour l'incapacité, Demante et Colmet de Santerre, t. 6, p. 497, n° 282 bis I. *Contra* Laurent, Principes t. 23, n° 501 et 502, p. 493 et 494.

(2) Voir notamment Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 107.

CHAPITRE IV .

Du statut réel.



I. — Le statut réel a force de loi pour toutes les personnes qui possèdent des biens situés matériellement ou fictivement sur le territoire. Par rapport à lui, la nationalité du propriétaire ou du possesseur est absolument indifférente. D'un autre côté, il ne trouve jamais d'application en pays étranger. Telle est la théorie traditionnelle consacrée par le code civil. Depuis l'introduction dans le droit français de la distinction des statuts, le domaine de la réalité s'est peu à peu restreint. Il ne faut pas pourtant exagérer cette idée. Voici la suite des atteintes qu'il a subies. La réalité, d'abord absolue, se confond avec la souveraineté : elle régit les personnes elles-mêmes ; celles-ci font corps avec le sol ; elles en sont l'accessoire. Puis apparaît la personnalité restreinte, dans les premiers temps, du moins en apparence, aux statuts personnels purs. Au fond, il n'existe pas de loi de cette nature. Bientôt le nouveau principe se développe : on admet que les lois constitutives de l'état général des personnes peuvent influencer indirectement sur les biens situés en France. Enfin le même effet est accordé aux statuts personnels particuliers. Mais là se bornait au XVIII

siècle le terrain perdu par le statut réel. Ce statut comprenait encore toutes les dispositions constitutives de la condition des biens. Telle était sa portée quand le Code l'a recueilli, expressément quant aux immeubles, implicitement à l'égard des meubles.

La loi française, en ce qui regarde le domaine du statut réel, se place entre la législation anglo-américaine et le code italien. La *common law*, en usage encore en Angleterre et en Amérique, est demeurée fidèle aux idées féodales : elle applique, de nos jours, une réalité exclusive, absolue, vraiment territoriale dans le sens que le moyen âge donnait à ce mot (1). L'Italie, dans son code de 1865, sans répudier en principe le statut réel, l'a écarté pour les successions (2). Le législateur français, en consacrant le statut personnel, a admis un tempérament considérable à la réalité féodale ; mais les termes de l'art. 3 du code civil s'opposent à l'unité de la dévolution successorale.

II. — Nous avons défini le statut réel d'après le droit français. Une autre notion a cours dans la théorie. MM. Mittermaier et Laurent entendent par statuts réels toutes les lois qui ont pour objet la défense, la conservation et la prospérité de la société. Ce sont les lois qui concernent l'agriculture, le commerce, l'industrie, la politique ; la personnalité comprendrait, au contraire, toutes les lois d'intérêt privé, alors même que leurs dispositions porteraient sur les biens,

(1) Laurent, Dr. civ. inter., II, p. 296-303, n^{os} 160-163.

(2) Disp. gén., art. 8. Laur., II, p. 310-312, n^{os} 167-168.

meubles ou immeubles (1). Cette distinction est rationnelle. Mais, comme M. Laurent le reconnaît lui-même, elle est incompatible avec les termes de l'art. 3. Nous devons donc en faire abstraction dans le cours de cette étude. Il faudra même nous tenir en garde contre cette conception aussi étrangère au Code que séduisante en théorie. Il est assez difficile de se soustraire complètement à son influence. M. Laurent, tout en l'opposant en principe à la doctrine traditionnelle, ne nous paraît pas toujours s'en dégager suffisamment quand il interprète le code civil.

Le statut réel n'atteignant pas de la même façon les meubles et les immeubles, nous étudierons successivement le statut immobilier et le statut mobilier.

SECTION I. — *Du statut réel immobilier.*

Le législateur de 1804 ne s'est expressément prononcé, en matière de statut réel, que relativement aux immeubles. Le § 2 de l'art. 3 du code civil est ainsi conçu : « Les immeubles, même ceux possédés par un » étranger, sont régis par la loi française. » Ce texte est absolu ; il est donc impossible d'y apporter des exceptions ; nous verrons plus loin les efforts qui ont été tentés dans ce sens, mais nous devons d'ores et déjà insister sur la rédaction de ce paragraphe. Une seule chose préoccupe ici le législateur : la réglementation directe de la condition juridique des immeubles

(1) Id, op. cit., II, p. 257 et suiv. nos 136 et suiv., et spécialement sur la doctrine de Mittermaier p. 307, n° 166.

ne doit pas, ne peut pas échapper à la loi française. Dans l'esprit du législateur, — nous ne craignons pas de nous exprimer ainsi, bien que certains auteurs y verraient une confusion, — dans l'esprit du législateur, le statut réel est toujours une question d'ordre public, étant par essence destiné à sauvegarder la base matérielle de l'État. Considérée philosophiquement, cette idée est incontestablement outrée; elle peut même être jugée inexacte, mais nous croyons évident que le législateur, dominé à son insu par les susceptibilités extrêmes, par les craintes mesquines des seigneurs féodaux, a considéré comme pouvant compromettre la sûreté publique la moindre influence directe d'une loi étrangère sur le sol français, cette influence ne dût-elle pas avoir pour effet de bouleverser ou au moins d'altérer le régime français de la propriété foncière.

Sans doute, au point de vue rationnel, il importerait peu, par exemple, que la propriété d'un immeuble français, vendu par un étranger à un autre étranger, ne pût pas *inter partes* être transmise *solo consensu*; sans doute encore le salut de l'État ne serait point en danger si les immeubles qu'un étranger laisse en France, étaient partagés autrement que ne le prescrit la loi française. L'intérêt public serait, nous l'admettons, assez protégé par cela seul que la propriété foncière ne serait pas attaquée dans son organisation; il suffirait qu'on repoussât les droits et les charges qui pourraient imprimer à la propriété du sol un caractère féodal ou tout autre dont le législateur a voulu le dépouiller ou le sauvegarder; il suffirait, en un mot,

qu'on lui conservât sa physionomie propre (1). Le législateur a, nous le répétons, exagéré le rôle de la réalité, et donné à ce principe beaucoup trop d'extension. Mais, quand il s'agit de reconnaître le cas où s'applique le deuxième paragraphe de l'art. 3, quand il s'agit de faire simplement œuvre d'interprète, cette

(1) Mais si cette réserve est suffisante, elle est absolument nécessaire. Aussi ne peut-on, même en pure théorie, et en restreignant le plus possible le principe de la réalité, soutenir que les substitutions autorisées par une loi étrangère et excédant les limites posées par les art. 1048 et suivants c. civ., devraient recevoir leur effet sur des immeubles situés en France. M. Laurent, qui est d'une opinion contraire, fait remarquer que le législateur, en établissant l'égalité comme base de l'ordre politique et civil, n'a eu en vue que l'égalité entre les citoyens, et que, par suite, le principe par lui proclamé ne serait nullement méconnu si un étranger recueillait, en vertu d'une pareille disposition, un immeuble situé en France. (Principes, t. 1, n° 130, p. 198.)

Si les substitutions ne faisaient que sanctionner des distinctions aristocratiques, nous partagerions l'avis de M. Laurent. Mais là ne se borne pas leur résultat. Elles entravent aussi le morcellement progressif de la propriété immobilière et facilitent même la reconstitution des grands domaines. Elles ont essentiellement pour effet de retirer du commerce une partie du sol. Or le législateur de 1804 a précisément voulu mettre notre régime foncier à l'abri de ce danger, et a organisé un système successoral en conséquence. Écoutez M. Laurent lui-même nous dire pourquoi les rédacteurs du Code ont maintenu la défaveur dont les lois révolutionnaires avaient frappé les substitutions : « Une science nouvelle, née au XVIII^e siècle, et qui exprimait les besoins nouveaux, l'économie politique, enseigne comme un axiome que la circulation des biens doit être libre de toute entrave. La liberté est favorable à ceux qui vendent comme à ceux qui achètent, et elle favorise la richesse générale en donnant aux possesseurs du sol le crédit qui leur assure leur fortune et en transmettant les biens à ceux qui ont le plus d'aptitude pour les exploiter. Rien n'est plus contraire à l'intérêt général que les substitutions, *qui concentrent la plus grande partie du sol dans quelques mains, et la mettent hors du commerce.* » (Principes, t. 14, p. 427, n° 390.)

considération n'est d'aucun poids. Que le législateur ait eu, oui ou non, tort de craindre autant pour la souveraineté française et de la croire diminuée par toute action immédiate des lois étrangères sur le territoire français, ce qui est certain, c'est que cette crainte l'a inspiré, la dominé, et qu'elle constitue l'esprit même de la loi.

Le statut réel immobilier affecte aussi bien les universalités que les individualités ; cependant, comme son applicabilité aux premières a soulevé de graves objections, nous devons examiner séparément les deux hypothèses.

§. I. — *Application du statut réel aux individualités immobilières.*

Il est évident que les immeubles considérés individuellement sont, au point de vue traditionnel, régis par le statut réel. Ils seront donc gouvernés par la loi de leur situation pour tout ce qui concerne leur acquisition et leur transmission ; la nature et les effets de la possession, par exemple au point de vue de la prescription acquisitive (1) ; la naissance, la réglementation et l'extinction des servitudes réelles et personnelles, et des privilèges et hypothèques. D'ailleurs, de l'avis même de ceux qui examinent la question en pure théorie, les lois relatives aux immeubles sont *souvent*

(1) Pour ce qui concerne, en matière de prescription par dix à vingt ans, le juste titre acquis en pays étranger, voir *supra*, p. 59.

d'intérêt social, et pour ce motif, s'appliquent aux étrangers comme aux nationaux (1).

§ II — *Application du statut réel aux universalités immobilières.*

I. — Les immeubles sont également régis par la loi de leur situation matérielle quand ils font partie d'une succession. Le deuxième alinéa de l'article 3 ne vise pas spécialement ce cas ; mais on ne saurait en induire la solution contraire. Dans toute cette matière, le silence du législateur confirme la doctrine traditionnelle. Or, dans l'ancien droit français, la question ne faisait pas difficulté. Une dissidence se produisit. Ce fut au XVI^e siècle. (2) Elle passa presque inaperçue. Froland lui-même paraît n'en avoir pas souvenance. Il ne conçoit pas qu'on puisse contester la tradition. Et cependant il ne se borne pas à affirmer le principe et à en citer des applications, il indique aussi la bizarrerie de ses résultats, et prévoit l'objection qu'on pourrait faire. « *L'on ne voit pas, dit-il, que les avis aient jamais été partagés sur cette matière, que nos pères ont toujours considérée comme une matière réelle.* C'est la remarque de M. Claude de Ferrière en son commentaire sur la coutume de Paris (art. 302, n° 13), où il dit que *tel a été le sentiment uniforme des docteurs* sur la loi I, de *Sum. Trin.*, et qu'on n'admet point de disposition qui puisse déroger en ce cas aux coutumes des

(1) Laurent, Dr. civ. inter., II, n° 144, p. 271. Voir aussi n° 149, p. 283 et n° 159, p. 294.

(2) Voir *infra.*, page 105.

lieux... tellement que, sans avoir égard au domicile du défunt, *ni à ce qu'il n'avait qu'un seul patrimoine, ou que tous ses biens, en quelques lieux qu'ils soient, ne composent qu'un seul patrimoine*, il faut suivre la disposition des coutumes dans l'étendue desquelles ils sont assis.

« Quand donc il s'agit de succession; de désigner les personnes qui peuvent y avoir intérêt; de partager les biens qui la composent, et de régler la portion qui revient à chacun des copartageants, *tenez pour principe que, dans tous ces cas*, il n'y a point d'autres règles à suivre que les dispositions des coutumes où ces biens sont situés.

« Par là, vous reconnaitrez *le caprice* de nos coutumes : un cohéritier quelquefois enlèvera lui seul tous les fonds d'une province; il partagera ceux d'un autre territoire par portion égale avec ses cohéritiers; et peut-être il arrivera que dans d'autres encore il ne pourra rien prétendre... » (1).

II. — Cependant la doctrine traditionnelle a rencontré de nos jours plusieurs adversaires.

L'universalité, ont-ils objecté, est un être de raison qui n'a pas de situation par lui-même, et qui ne peut se concevoir en dehors de ses rapports avec la personne. Les immeubles qui en font partie perdent leur individualité, ou du moins ne sont pas individuellement en jeu lorsqu'il s'agit de la dévolution, de la répartition de l'hérédité. La succession, envisagée comme abstrac-

(1) Froland, *Mémoires*, II, p. 1290; comp. Boullenois, Tr. des stat. I, p. 223; II, p. 383; Laurent, Dr. civ. inter., II, nos 114-117, p. 214-220

tion juridique, ne varie pas suivant qu'elle comprend ou non des immeubles ; elle constitue un ensemble de droits actifs et passifs qui est attaché à la personne, ou plutôt qui représente la personne, qui la continue : en vertu d'une fiction juridique, c'est la personne elle-même. La succession, immobilière ou non, doit donc être régie par la loi personnelle du *de cuius*.

On ajoute que les transmissions successorales sont faites en vertu de la volonté exprimée ou présumée du défunt. Or, évidemment, cette volonté est une et invariable, et doit être interprétée à l'égard de tous les biens par une seule et même loi. Il faut donc repousser une théorie qui, dans le cas où le *de cuius* possédait à la fois des biens mobiliers et des biens immobiliers ou des immeubles situés dans divers pays, lui attribuerait en même temps des volontés différentes ou même contradictoires.

Quand la loi présume l'intention du *de cuius*, elle s'inspire de ses affections vraisemblables : serait-il raisonnable que le même individu, suivant que la dévolution porte sur tel ou tel de ses biens, soit considéré comme ayant préféré tel ou tel de ses parents ? Ainsi, à tous égards, il tombe sous le sens que les affections et les volontés dernières du défunt ne peuvent être déterminées que par une loi unique : sa loi personnelle.

Il serait inexact de prétendre que cette opinion n'a jamais été proposée dans l'ancien droit. Elle a été enseignée par quelques glossateurs. Albéric de Rosate l'a en particulier très-nettement formulée. Il se fonde surtout sur ce que l'héritier continue la personne du dé-

funt (1). Le raisonnement est juste. En ce qui concerne spécialement l'ancienne doctrine française, cette théorie peut revendiquer un nom illustre, celui de Cujas (2). De nos jours, ce système présenté avec une très-grande autorité par de Savigny (3), a été considéré par le professeur allemand Zachariæ (4), par l'auteur belge Arntz (5), et, en France, par MM. Bertauld (6), G. Dubois (7), et Charles Antoine (8), comme compatible avec le code civil français. Il a été aussi défendu, mais en pure théorie, par M. Laurent (9). D'ailleurs, en dehors de l'interprétation de la législation française, beaucoup de jurisconsultes étrangers se sont prononcés en sa faveur; parmi ces derniers, nous citerons MM. Fiore (10), et Brocher (11). Il est consacré législativement par le code civil d'Italie (12), et par celui de Zurich. Il est unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence allemandes (13). Le Tribunal suprême de Madrid en a fait l'application dans une remarquable

(1) Super Codic., de Sum. Trin., n° 25, (fol. 8.)

(2) Cujacii consilia, XXV.

(3) T. VIII, § 375.

(4) Cours de Droit civil français. t. 1, 1^{er} § 31, n° 4.

(5) Cours de Droit civil français, n° 72, 73.

(6) Questions pratiques du Code Napoléon, I, n° 75 et suiv.

(7) Essai sur le conflit des lois françaises et étrangères.

(8) De la success. lég. et testam. en dr. inter. priv.

(9) Princ. de dr. civ., t. I, n° 109 et Dr. int. pr., II, p. 213, n° 113.

(10) Traité de droit intern. priv. n° 392.

(11) Théorie du droit intern. priv., chap. IX.

(12) Code civ., dispositions préliminaires, art. 6.

(13) Laur., Dr. civ. int., II, p. 225-240, n° 121-127.

décision du 6 juin 1873 (1). Le tribunal du Havre a même essayé, par son jugement du 22 août 1872, de l'introduire dans la jurisprudence française (2).

III.—On ne peut se dissimuler que ce système repose sur une argumentation des plus séduisantes. Cependant, avec la grande majorité des auteurs français, et conformément à une jurisprudence constante, nous croyons devoir le repousser.

Sous l'empire du Code, le doute ne nous paraît même pas possible (3). Nous avons déjà fait remarquer les termes absolus du deuxième paragraphe de l'art. 3. On peut dire que ce texte tranche brutalement la question, en dehors de toute préoccupation doctrinale : c'est l'œuvre déterminée et énergique d'un législateur, qui n'entend pas abandonner ses prescriptions aux subtilités des juristes.

De plus, si l'on recherche les motifs de la loi, il y a plus de raison encore pour appliquer le statut réel aux universalités immobilières qu'il n'y en a pour l'appliquer aux immeubles envisagés individuellement, les modes de transmission à titre universel ayant une portée plus considérable que les autres.

Ajoutons qu'anciennement, dans les conflits de coutumes, l'applicabilité du statut réel à la succession immobilière ne souffrait pas de difficulté ; dès le XVI^e siècle d'Argentré pouvait écrire que les enfants n'en dou-

(1) Jour. du droit intern. priv. 1874, p. 40.

(2) Sol. impl. J. P. 1872, 1219; S. 1872, 2, 313, (Myers et Bocket c. consorts Smith.)

(3) Laurent., Dr. civ. int., II, p. 217, n° 116.

taient plus (1), et cependant alors, outre que les interprètes n'étaient pas enchaînés par un texte analogue à l'art. 3 du code civil, il n'y aurait pas eu le même danger qu'aujourd'hui à soumettre la succession immobilière au statut personnel, le problème ne mettant pas en jeu la souveraineté nationale. Nous avons déjà rapporté le témoignage de Froland. Celui de Boulleinois n'est pas moins affirmatif. Après avoir déterminé la portée de la règle, il ajoute : « ce principe est *si certain* que je n'en ferai l'application qu'à quelques espèces particulières (2). »

Dans notre matière, l'argument emprunté à la tradition est péremptoire. Devant lui doivent se taire toutes les objections théoriques (3).

Dans tous les cas, les rares jurisconsultes français qui sont partisans de l'opinion de Savigny, devraient établir une distinction entre les successions ordinaires et les successions anormales. Dans les dernières, les biens sont envisagés individuellement ; ils sont repris par le donateur ou par ses descendants en qualité de biens donnés, et, par conséquent, leur individualité ne disparaît pas dans l'ensemble de droits.

La situation des immeubles qui font l'objet du retour successoral, est toujours prise en considération. Il faudrait donc, quant à lui, tout au moins, faire exception à la règle générale ; mais ce n'est là qu'une remarque subsidiaire, et nous croyons, vu les raisons

(1) Sur la cout. de Bret. art 218, n° 9, 10 et 24, p. 661 et 670.

(2) Traité des statuts, II, p. 383.

(3) Laurent, Dr. civ. int., II, n° 117, p. 220.

données plus haut, que les successions immobilières sont toujours régies par le statut réel.

IV. — Pour des motifs analogues, nous soumettrons à la même loi tout ce qui concerne la déclaration d'absence et l'envoi en possession soit provisoire soit définitif. Cette matière a, en effet, de grands rapports avec celle des successions. La déclaration d'absence et l'envoi en possession, surtout l'envoi définitif, représentent une sorte d'ouverture anticipée de la succession de l'absent. Un jurisconsulte italien, Rocco, a distingué suivant que les effets de la déclaration d'absence s'opèrent sur la personne de l'absent ou sur ses biens. La matière serait donc complexe, et rentrerait en partie dans le statut personnel, et en partie dans le statut réel. Mais cette distinction doit être repoussée. L'état et la capacité de l'absent ne sont en rien modifiés par la déclaration d'absence, si du moins on conserve aux mots *état* et *capacité* le sens qu'ils ont ordinairement dans la langue du droit (1). L'effet de la déclaration d'absence et des envois en possession se traduit au contraire en un changement dans la condition juridique des biens.

Ce système aura sans doute quelquefois des conséquences singulières et vraiment regrettables. Il pourra se faire qu'un tribunal présume une même personne morte par rapport à tels biens et vivante par rapport à tels autres, les règles de cette matière, et notamment les délais pour l'obtention des envois en possession, n'étant pas les mêmes dans les diverses législations.

Mais pour éviter ces résultats étranges, l'interprète

(1) Voyez cependant Pasquale Fiore, op. cit., p. 162.

devrait écarter la division des statuts que le législateur français a expressément consacrée dans l'art. 3. Remarquons d'ailleurs, en passant, que cette théorie n'est pas la seule qui occasionne dans les décisions judiciaires des contradictions de ce genre.

SECTION II. — *Du statut réel mobilier.*

En ce qui concerne le statut mobilier, les auteurs modernes se sont particulièrement abstenus de consulter la tradition. Les règles qu'ils posent sur ce point sont absolument arbitraires. Ils affirment comme des axiomes les deux propositions suivantes : 1° Les meubles pris individuellement sont régis par la loi de leur situation matérielle (1) ; 2° les universalités mobilières sont gouvernées par le statut personnel (2). Ces deux allégations sont également inexactes. Cette distinction de principe n'a jamais été proposée par nos anciens jurisconsultes. Pour eux, la règle était générale. Les meubles étaient toujours soumis à la loi du domicile de leur propriétaire, sauf les exceptions exigées par l'ordre public, lesquelles pouvaient entraîner l'application du statut de l'assiette effective.

Et qu'on le remarque ! la chose est essentielle, et nous devons insister sur ce point : la loi qui, en règle, gouvernait les meubles, aussi bien à l'état d'individualités qu'à l'état de parties intégrantes d'univer-

(1) Demol. I, p. 106, n° 96; Aubry et Rau, I, p. 102.

(2) Aubry et Rau, loc. cit.; Laurent, Princ. de dr. civ., p. 185 et suiv., n° 118-120, et Dr. civ. int., II, p. 319, n° 173.

salités, coïncidait en fait avec le statut personnel; mais, dans l'hypothèse, elle n'était pas prise en cette qualité. Cette observation est des plus importantes. Aujourd'hui que le statut personnel se distingue pratiquement de celui du domicile, elle est de nature à produire de graves conséquences. Les meubles de l'étranger domicilié en France seront régis par la loi française, et ceux du Français domicilié dans un pays étranger le seront par loi de ce pays. Dans l'autre système, cet effet ne pourrait résulter que de la naturalisation acquise par l'étranger en France ou par le Français à l'étranger.

La distinction que nous faisons pourra sembler subtile. Dans tous les cas, elle est certainement traditionnelle et, au point de vue de la tradition, des plus logiques. Nous trouvons, à cet égard, dans Boullenois une page qui ne laisse pas de doute. Nous devons la citer. Elle est d'un intérêt capital, car elle résume en termes fort nets l'ancienne doctrine. « Rodenburg, dit Boullenois, veut que les meubles suivent la loi du domicile, et c'est le langage de tous nos auteurs. *Mobiliasequuntur personam*. La raison de cette maxime est qu'ordinairement les meubles *in usum familiæ comparata sunt*. M. Charles Dumoulin nous assure sur la coutume de Lille que *cette maxime est un droit général dans le royaume*. Voyez encore sa note sur l'art. 140 de la coutume de Senlis et sur l'art. 9 de Montreuil. »

« Notre auteur (Rodenburg) en admettant cette maxime, *mobilia sequuntur personam*, la regarde comme réelle, en ce qu'elle donne aux meubles une

assiette dans le domicile du propriétaire, *a quo legem situmque accipiunt*, dit aussi Burgundus, tract. I, n° 2. Il est vrai que cette assiette n'est pas fixe et immuable comme celle des fonds de terre, parce que les meubles ne sont dans un lieu qu'autant qu'il plaît à celui qui en est le propriétaire d'y demeurer, et que le propriétaire peut, quand bon lui semble, changer de domicile et, par conséquent, changer l'assiette de ses meubles; mais, tant que le propriétaire demeure dans le même lieu, les meubles y ont du moins, pendant ce temps, une assiette. Ils sont, dit Henrys, attachés au domicile, et le suivent, liv. 4, tome I, ch. 6, quest. 105, et ils sont régis par la loi de ce lieu.

» Est-ce par une loi réelle à raison de l'assiette? est-ce par une loi personnelle, en tant que les meubles sont attachés à la personne, et que la loi du domicile qui régit la personne, est personnelle? La question paraît assez indifférente, puisque c'est toujours la loi du domicile qui en décide; cependant notre auteur se détermine à dire que les meubles sont régis *à raison de l'assiette qu'ils sont présumés avoir dans le lieu du domicile*, et je crois cette décision très exacte et conforme à ce que dit M. Charles Dumoulin sur l'art. 41 de la coutume d'Auvergne, ch. 12. *Ex quo hîc habet domicilium, censentur mobilia hîc esse*.

» M. d'Argentré, et avec lui plusieurs autres, prétendent que les meubles *situm habere negantur, nec loco continere dicuntur propter habilitatem motionis et translationis, quare statutum de bonis mobilibus vere personale est*.

» Mais je ne vois pas pourquoi on refuse aux meubles une assiette; on convient que cette assiette n'est

pas immuable, que les meubles ne sont point inhérents au fonds, mais, du moins, *ils y existent par une sorte de demeure avec le propriétaire*. De dire que le statut qui régit les meubles *est, vere personale, c'est, ce me semble, changer les notions ordinaires*; car nous n'appellons un statut personnel que celui qui régit la personne, en l'affectant d'un certain état; et d'Argentré lui-même veut que le statut personnel règle universellement la personne; ce qui ne saurait convenir aux statuts qui régissent les meubles. C'est pourquoi je préfère ce que dit au même endroit d'Argentré. *Mobilia non alio jure habentur quam persona ipsa, et ideo legem ab domicili loci capiunt..... loci domicilii judicium sumunt*.

» Quoi qu'il en soit, cette dispute n'est pas d'une grande utilité; et, dans l'un et l'autre sentiment, il est toujours vrai de dire que *mobilia sequuntur personam*. Ce qui doit suffire pour la décision des questions qui peuvent se présenter. Nous ne demandons pas que les meubles aient leur assiette effective et actuelle dans le lieu du domicile; *il suffit qu'ils y aient une assiette présumée*. Les meubles, en quelque endroit qu'ils puissent être hors du domicile, *sont toujours réputés être comme dans un entrepôt, et on les présume assis et existants dans le lieu du domicile même*.

» Si les meubles pouvaient avoir une assiette fixe ailleurs qu'au domicile du propriétaire, ce serait certainement dans le cas d'un dépôt : car les choses déposées se trouvent dans le lieu par une destination précise du propriétaire; *cependant la décision est au contraire* » (1).

(1) *Traité des statuts*, I, p. 938-940 ; comp. I, p. 223-224.

h

On voit quelle était l'opinion généralement reçue. D'Argentré et avec lui plusieurs autres jurisconsultes s'étaient prononcés pour un avis différent. Mais n'est-il pas évident que le légiste breton avait obéi avant tout, comme Bouhier lui reproche de l'avoir fait trop souvent, à la *démangeaison de contredire Dumoulin* (1): et est-il étonnant que l'autorité qui s'attachait à son nom ait entraîné quelques dissidences? D'ailleurs, chose remarquable! Cette opinion de d'Argentré était incompatible avec les principes qu'il avait lui-même posés. Rodenburg le lui objecte, ainsi que le rappelle Boullenois. Mais nous devons rapporter les termes même dont se sert le légiste hollandais : « *Mobilia quippe illa non ideo subjacent statuto, quod personale illud sit, sed quod mobilia certo et fixo situ carentia, ibi quemque situm velle habere ac existere intelligimus ubi larem ac fortunarum fixit summam. Quare quodcunque domicilii iudex de mobilibus statuerit, non ideo in alibi existentibus obtinere dixeris, quod vires extra territorium porrigat statutum, nedum quod personale sit, sed quod in domicilii loco mobilia intelliguntur existere. Unde nec satis demirari queo Argentreum statutum mobilibus indictum vocantem personale, haud bene memorem datæ a se paulo ante descriptionis qua personalia ea esse docuit statuta quibus de personarum universali jure ac conditione ab omni materia reali separata disponitur. Quæ utique definitio statuto de mobilibus concepto neutiquam con-*

(1) I, p. 654.

gruit (1). » L'inconséquence n'est-elle pas manifeste? La logique de d'Argentré n'est-elle pas aveuglée par l'esprit de contradiction? Ne cherchons pas chez lui la doctrine traditionnelle! Ses adversaires, autrement nombreux que ses partisans, en sont les véritables représentants.

Et Bouhier, qui, cependant, on le sait, luttait contre tous les jurisconsultes de son temps pour donner à la personnalité la plus grande extension possible et l'ériger en statut de droit commun, Bouhier s'exprimait dans les mêmes termes : « Or, à l'égard des meubles, on est assez demeuré d'accord qu'encore qu'ils se trouvent hors du territoire de la coutume où le propriétaire est domicilié, la disposition ne laisse pas d'être réglée par cette coutume, non qu'elle ait régulièrement aucun pouvoir sur ce qui est hors de son ressort, mais c'est que *comme les meubles n'ont aucune assiette fixe, on suppose, par une fiction légale, qu'ils sont tous au domicile de celui auquel ils appartiennent.* » Puis il signale en ce sens un arrêt du Parlement de Dijon et deux arrêts du Parlement de Paris (2). Ces citations établissent suffisamment quelle était l'ancienne théorie. Reprenons nos deux propositions.

A. — Nous disons, en premier lieu, que les meubles considérés individuellement sont régis par la

(1) De jure quod oritur ex stat. vel consuet. divers. (A la suite du Traité des statuts, de Boullenois) p. 6; *comp.* p. 14.

(2) I, p. 608. — Telle était bien, d'après Colmet de Santerre, l'ancienne doctrine (sur Demante.) I, p. 45, n° 10 bis, II.

même loi que les universalités mobilières. Nous venons de le prouver, la tradition ne distingue pas. Les meubles, par leur nature même, ne peuvent, suivant elle, avoir de situation matérielle, d'assiette effective. L'étymologie du mot *meuble*, que leur fréquent usage de la langue latine leur rendait sans cesse présente à l'esprit, les décidait.

Le raisonnement que fait M. Demolombe pour soumettre la succession mobilière à la loi nationale, ne doit pas être confondu avec le leur. Ils ne disaient pas comme notre grand jurisconsulte, que la succession mobilière devait être régie par le statut personnel, les universalités et notamment les successions étant des êtres moraux qu'il est impossible de rattacher par eux-mêmes à un lieu plutôt qu'à un autre, et qui doivent, pour ce motif, suivre la loi de la personne (1). Leur raisonnement était tout différent. Il était général. La notion juridique de la succession, de l'universalité, à laquelle s'étaient, nous l'avons vu, attachés quelques glossateurs et Cujas, n'étaient pas l'argument invoqué par les statutaires. Ce n'était pas l'abstraction juridique, c'était le meuble lui-même, le meuble envisagé dans son essence qui, pour eux, n'avait pas d'assiette physique. De là cette maxime commune aux individualités et aux universalités : *mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus personæ inhærent*.

Suivant MM. Aubry et Rau, cette axiome exprime moins la raison que le résultat de la règle admise par la pratique. Quelle est donc à leur avis, la considéra-

(1) ' p. 103, n° 94.

tion qui a donné naissance à cette règle ? D'abord, il serait absurde de faire dépendre un fait aussi important que la dévolution de la succession mobilière de la circonstance, purement fortuite, que le *de cujus* est mort dans un pays où il n'était qu'en passant. Puis la crainte qu'il en fût ainsi pourrait faire obstacle aux voyages et compromettre les intérêts du commerce (1). On le voit, ces auteurs restreignent le brocard *mobilia sequuntur personam* aux universalités mobilières. Les motifs qu'ils donnent, et qui, nous en convenons, sont très graves, ne paraissent pas avoir préoccupé nos anciens légistes. Pour eux, les meubles n'avaient point d'assiette, et c'est cette idée qu'exprime la formule. Il leur semblait que ces choses seules avaient une situation qui était à demeure dans un endroit. A leurs yeux, la condition juridique des meubles ne pouvait être subordonnée à une coutume dans le ressort de laquelle ils n'étaient placés que *comme dans un entrepôt*, et sans cesser d'être destinés à la circulation.

Cependant le sort des meublés ne pouvait rester en dehors d'une réglementation juridique. A quel point de vue pouvait-on se placer pour les soumettre à une loi plutôt qu'à une autre ? Pour trancher la difficulté nos vieux jurisconsultes s'attachèrent à cette considération que les meubles *in usum familiæ comparata sunt*. Dès lors où était-il logique de les réputer situés ? Au lieu où la loi présume que leur propriétaire est toujours présent, en d'autres termes, à son domicile.

(1) I p. 102, note 52.

Marcadé, en particulier, se récrie à l'idée que les meubles n'auraient pas une situation matérielle. Qu'on dise que leur assiette est variable, soit ! mais elle n'en est pas moins certaine et toujours facile à constater. Et, poussant cette idée jusqu'à ses dernières conséquences, cet auteur veut que les meubles soient soumis à la loi de leur situation matérielle même quand ils font partie d'universalités. Cette circonstance n'empêche pas, en effet, qu'ils soient nécessairement dans un endroit déterminable (1).

Ce système rejette complètement la tradition pour entrer en plein arbitraire. Relativement aux universalités mobilières, la proposition est insoutenable en dehors même de la tradition. Elle est restée, croyons-nous, à l'état d'opinion isolée, et il devait en être ainsi. Mais, si l'on étudie l'ancienne doctrine, le système de Marcadé paraît tout aussi inexact à l'égard des meubles considérés individuellement. Fondée ou non, l'idée des statutaires français était que les meubles n'avaient pas, ne pouvaient pas avoir d'assiette véritable.

La tradition est si claire, si certaine, qu'on a peine à comprendre comment la très majeure partie des interprètes du Code peuvent formuler comme une proposition incontestable que les individualités mobilières sont gouvernées par la loi de leur situation effective. On peut cependant trouver une excuse à cette affirmation. Si, en droit, les meubles pris individuellement sont, comme les universalités mobilières, soumis à la

(1) I, n° 6, p. 31.

loi du domicile, en fait, et pour des raisons d'ordre public, le principe est rarement applicable. Pratiquement, la règle devient l'exception, et les meubles sont presque toujours régis par la loi du pays où ils sont matériellement situés.

La cour de cassation nous paraît avoir entrevu la chose, mais elle ne l'a pas formulée en termes suffisamment précis : « En ce qui concerne l'art. 3, dit-elle, — Attendu que si cet article en disant expressément que les immeubles possédés par des étrangers sont régis par la loi française, garde le silence sur les meubles, rien n'autorise à en conclure que ces derniers, dans la pensée du législateur, doivent être toujours et nécessairement soumis à la loi étrangère ; qu'il ne saurait en être ainsi, tout au moins, dans les questions de possession, de privilège et de voies d'exécution ; que l'art. 3 qui considère l'étranger comme soumettant sa personne, par le seul fait de sa présence en France, à toutes les lois de police et de sûreté, n'a pu vouloir mettre les meubles de cet étranger hors de l'atteinte des créanciers français, dans tous les cas où ces derniers pourraient agir si ces meubles appartenaient à un Français » (1).

A notre avis, la cour suprême est complètement dans le vrai lorsque, après avoir admis implicitement que les meubles sont régis par la loi du domicile, elle déroge à la règle pour *les questions de possession, de privilège et de voies d'exécution*. C'est un point que

(1) Req. rej. 19 mars 1872 ; (Craven et autres c. syndic. Lethbridge) D. P. 1874, I, 465 ; S. 1872, I, 138. J. P. 72, 660.

nous établirions bientôt plus en détail. Mais pourquoi, alors qu'elle rapproche les deux cas, fonde-t-elle l'exception au statut ordinaire des meubles sur l'intérêt des tiers, tandis qu'elle explique les dérogations au statut personnel des étrangers par des raisons d'intérêt social ? Sans doute, en matière de possession et de privilège, l'intérêt des tiers se confond avec celui de l'État ; mais, en définitive, c'est le dernier qui est pris en considération. Le fait que les deux intérêts concordent ne doit pas nous induire en erreur sur la cause déterminante de l'exception. Puis, dans certains cas où il est dérogé au statut fictif des meubles, il n'y a point en jeu d'intérêt privé. La cour de cassation aurait donc pu assimiler absolument les deux hypothèses, et dire que pour l'une comme pour l'autre l'exception est fondée sur le bien public.

Nous avons dit qu'en fait les meubles, à l'état d'individualités, sont presque toujours subordonnés à la loi de leur situation effective. C'est, en effet, ce qui arrive dans les cas prévus par les art. 539, 768, 1141, 2074, 2076, 2119 et 2279 c. civ.

A ce sujet, M. Laurent, dans ses *Principes de droit civil*, examine à nouveau trois cas prévus par Merlin (1). Il y revient dans son *Droit civil international* ; mais il ajoute que ces cas ne sont pas les seuls. Les exemples qu'il joint à ceux de Merlin, prouvent assez que d'après lui, l'exception l'emporte ordinairement en pratique sur la règle. Nous nous empressons, dans un remaniement de la dernière heure, d'en prendre

(1) I, p. 189, n° 121.

note. M. Laurent est l'auteur dont la théorie, en matière de statut mobilier, se rapproche le plus de la nôtre. Nous aurons toutefois à signaler un point capital sur lequel nous ne pensons pas devoir adopter le sens qu'il prête à la tradition.

Les trois cas examinés par Merlin et par M. Laurent sont les suivants. Ces auteurs se demandent en premier lieu par quelle loi sera régie la saisie faite en France des meubles d'un étranger. Merlin se prononce pour la loi française, et, en cela, il a raison ; mais le motif qu'il en donne est inexact. Quand il s'agit, dit-il du droit des tiers, les meubles sont gouvernés par la loi du lieu où ils sont effectivement ; et, comme c'est le juge de ce lieu qui est compétent pour connaître de la saisie, c'est d'après la loi locale qu'il appréciera. Ce raisonnement n'est pas satisfaisant. Merlin fait du statut une question de compétence. Cela implique une confusion. L'explication de M. Laurent est la vraie. La souveraineté est en cause. La saisie est pratiquée par des officiers publics français. Ils agissent au nom de la puissance publique française, et, par suite, ne peuvent saisir que ce que la loi française leur permet de saisir, et dans les formes qu'elle leur impose.

Merlin et M. Laurent recherchent en second lieu si la règle *en fait de meubles possession vaut titre* peut s'appliquer aux meubles qu'un étranger a possédés en France, et qui de ses mains ont passé dans celles d'un autre possesseur. Ils se prononcent l'un et l'autre pour l'affirmative. La solution nous paraît inattaquable. Merlin la fonde sur ce que l'art. 2279 établirait une *prescription* (1). A la rigueur,

(1) Loc. cit.

cette formule laisse à désirer. Mais n'importe ! Si cette disposition ne consacre pas une prescription proprement dite, il est sûr qu'aux yeux du législateur, elle en tient lieu, et qu'elle en a toute l'importance. Dès lors, elle est de droit public. La prescription proprement dite prive un individu de l'exercice de son droit de propriété. Ce ne peut être que dans un intérêt général ; car le droit de ce particulier cède ici à un autre droit considéré comme supérieur ; or le droit de l'Etat est seul au-dessus du droit de l'individu. L'art. 2279 n'a-t-il pas le même effet ? Sans doute ! et il le produit même d'une façon beaucoup plus saisissante : il le produit instantanément ! Le droit de l'individu est plus manifestement encore sacrifié ! N'est-il pas évident qu'une pareille disposition doit, encore plus que la prescription proprement dite, être placée sous le couvert du droit public ?

De plus, l'art. 2279 est, à un second point de vue, une disposition d'intérêt général. Le législateur a considéré la rapidité de la transmission des meubles, l'impossibilité de constater leur identité, ou même de retrouver les traces de leur circulation. Aussi a-t-il voulu, pour le bien du commerce, éviter les séries de procès, les recours multipliés qu'aurait entraînés leur revendication. Or les règles protectrices du commerce sont au plus haut point et dans toute la force du mot des règles d'intérêt public (2).

Mais le meuble revendiqué devant les tribunaux

(2) Laurent, *Princ. de dr. civ.*, I, n° 121, p. 190, et *Dr. civ. inter.*, II, loc. cit. ; comp. Brocher, p. 386.

français peut aussi, au moment du litige, être en pays étranger, soit qu'il ait antérieurement séjourné en France, ne serait-ce que pendant un instant de raison, soit qu'il n'y ait jamais été transporté ; ces deux cas ne sont pas prévus par les auteurs. Ils peuvent néanmoins se présenter en pratique. Il se peut qu'un Français soit assigné devant le tribunal de son pays en revendication d'un meuble qu'il possède à l'étranger. Il se peut même que le défendeur soit un étranger. Si le meuble, actuellement en pays étranger, s'est trouvé en France pendant une période de temps quelconque, l'art. 2279 sera évidemment applicable. En effet, si le mode d'acquisition qu'établit ce texte, ne constitue pas une prescription *instantanée*, comme on l'a dit quelquefois inexactement, c'est précisément parce que l'acquisition s'opère *instantanément*, et que la prescription ne se conçoit pas sans un laps de temps. Il suffit donc que le meuble ait été possédé un instant en France pour que la possession ait valu « titre parfait » comme disait Bourjon, et qu'il en ait eu toute l'efficacité (1). Or un « titre parfait » aurait procuré un droit de propriété qui n'aurait certainement pas été détruit par la simple exportation du meuble. Ainsi, quand le meuble litigieux s'est trouvé en France pendant un instant de raison, l'art. 2279 est incontestablement applicable.

Mais nous estimons qu'on doit étendre la solution

(1) Du droit commun de la France, liv. II, tit. 1, ch. 6, n° 1 ; liv. III, tit. 2, ch. 1, n. 2 et titre 22, ch. 5. *Conf.* Laurent, Princ. de dr. civ., t. 32, nos 541-543, p. 554-560.

même au cas où le meuble revendiqué a constamment séjourné à l'étranger depuis la prise de possession. Ainsi que nous l'avons dit, on peut, au point de vue doctrinal, refuser à la disposition de l'art. 2279 le caractère de prescription. Mais, aux yeux du législateur, elle en remplit le rôle. C'est un moyen de paralyser une action, c'est une exception. L'action et le tempérament qu'elle comporte doivent procéder de la même loi. Ce raisonnement qui, ainsi que nous l'avons expliqué, est vrai pour les actions personnelles, est aussi vrai pour les actions réelles (1).

Enfin, le troisième cas examiné par Merlin est celui que visent les art. 539 et 768 c. civ. Les meubles compris dans une succession en déshérence appartiennent à l'État sur le territoire duquel ils sont matériellement situés. Merlin se fonde sur la souveraineté (2); le motif est exact. Les meubles successoraux sont, comme tous les biens sans maître, attribués à l'État pour des raisons de police et de sûreté. Le législateur a voulu prévenir la convoitise et les disputes dont ces meubles eussent été l'occasion (3).

Le Code n'admet pas l'hypothèque sur les meubles, et la législation postérieure au Code n'a apporté d'exception à ce principe que pour les navires. Or le régime hypothécaire est une des bases du crédit public, et le crédit public est pour les États une condition de vitalité. On ne pourra donc se prévaloir sur un meuble actuellement en France d'une hypothèque conférée en

(1) Voir *supra*, p. 65.

(2) *Loc. cit.*

(3) Laurent, *Princ.*, *loc. cit.*; Dr. civ. int., *loc. cit.*

pays étranger (1). Pour la même raison, dans le cas où il serait procédé dans les eaux françaises à la saisie d'un navire étranger, on ne serait pas admis à faire valoir sur ce navire une hypothèque consentie antérieurement à la loi du 10 décembre 1874 (2), ou en dehors des conditions prescrites par cette loi.

Enfin, pour des raisons analogues, il n'est pas plus admissible que les privilèges sur les meubles situés en France, ni par suite, que le gage, lorsqu'il porte sur ces biens, soient conférés ou réglementés autrement que par la loi française. Quelques mots suffiront pour l'expliquer. L'art. 2092 pose un principe qui se formule ainsi : Quiconque est obligé personnellement, est tenu de remplir ses engagements sur *tous* ses biens, meubles et immeubles, présents et à venir. Cette règle a pour base la paix et la sécurité publique. Si la loi ne la consacrait pas, le créancier qui ne voudrait pas, en présence d'un débiteur récalcitrant, se résigner à laisser périr son droit, n'aurait de ressource que dans les voies de fait. Le repos de la société réclamait impérieusement que l'on évitât un pareil désordre. L'art. 2092 constitue donc une disposition de police et de sûreté. En conséquence, les restrictions apportées au principe qui affecte tous les biens d'une personne à l'acquittement de ses obligations personnelles sont de droit étroit et très étroit (3). Le législa-

(1) Dr. civ. int., II, n° 174, p. 323.

(2) Comp. cass., arrêt précité, du 19 mars 1872.

(3) Pont, Priv. et hyp., t. I, sous l'art. 2092, n° 3.

teur qui a posé le principe, peut seul y faire des exceptions (1).

B. — Notre seconde proposition se formule ainsi : Les meubles sont régis par la loi du domicile et non par le statut personnel. Nous l'avons, par avance, justifiée en rapportant le témoignage de nos vieux auteurs ; et même les explications que nous avons fournies sur notre première proposition s'appliquent en partie à celle-ci. Revenons y cependant pour examiner l'opinion contraire. Nous savons que les auteurs modernes enseignent que les meubles envisagés individuellement sont gouvernés par la loi de leur situation matérielle. Au contraire, pour la plupart, ils soumettent les universalités mobilières au statut personnel. Quelques-uns seulement se prononcent pour la loi du domicile. Cette dernière opinion est cependant la vraie.

M. Laurent tient pour la loi nationale. Dans son estime, cette opinion concorde avec celle de nos anciens auteurs. Ils trouvèrent, dit-il, trop d'inconvénients à faire régir les meubles par le statut réel, et ils soumirent, en conséquence, à la loi personnelle. Mais pour expliquer et justifier cette dérogation à la règle *toutes coutumes sont réelles*, ils crurent devoir recourir à une fiction (2). Nous ne partageons pas cet avis.

(1) Sic, Rouen, 22 juill. 1873 (Lanel, c. Admin. de la marine). D. P. 74, 2, 80.

(2) Dr. civ. inter., II, p. 319, n° 173 ; comp. L. Renault, Jour. de droit inter. priv., 1876, p. 343.

Juridiquement, la personne est présumée toujours présente au lieu de son domicile. Les meubles, que la loi rattache à la personne de leur propriétaire, doivent être censés situés au même endroit que lui. Ainsi raisonnaient nos vieux jurisconsultes. En dehors de cette fiction, ils ne voyaient pas pourquoi la condition des meubles aurait été gouvernée par la loi du domicile. Prenons cette loi en qualité de statut personnel : comment aurait-elle pu régir les meubles ? La condition de ces biens est absolument étrangère à l'état et à la capacité de leur propriétaire. Boullenois nous l'a dit, et avec lui Dumoulin, Burgundus et Henrys dont il se réclame. Nous savons à quoi nous en tenir sur la dissidence de d'Argentré et de quelques-uns de ses disciples. Devant elle Rodenburg s'est écrié : « *Nec satis demirari queo!* » et il a fait ressortir combien d'Argentré était peu conséquent avec ses principes. Une chose est donc certaine : Nos anciens jurisconsultes n'auraient pas vu dans la loi du domicile le statut mobilier s'ils n'avaient pu s'appuyer sur la fiction de la situation idéale. Aujourd'hui, puisque nous sommes encore en présence de la doctrine traditionnelle, nous devons maintenir la fiction qui en est la base. Or, cette fiction ne peut pas aboutir à faire gouverner les meubles par la loi nationale. En effet, ces biens peuvent-ils être réputés situés dans le pays de leur propriétaire ? Non, évidemment, puisque leur propriétaire n'est pas lui-même considéré comme y étant présent. C'est à son domicile que la loi présume qu'il se trouve toujours (1). C'est donc là que nous devons

(1) Loi 47, C., *De incolis*.

supposer les meubles,} puisqu'en leur donnant une assiette fictive, la tradition entendait les mettre idéalement à la portée et à la disposition de leur propriétaire. En un mot, dans la détermination du statut mobilier, l'ancienne doctrine repose essentiellement sur une fiction ; et ce qui prouve que cette doctrine ne peut aujourd'hui se concilier avec la loi nationale, c'est qu'à l'égard de cette loi la fiction n'est pas possible.

Ce système est présenté avec beaucoup de force par M. G. Dubois dans son *Essai sur le conflit des lois françaises et étrangères*. M. L. Renault, pense que la fiction sur laquelle s'appuie ce jurisconsulte pour réputer la succession mobilière située au lieu du domicile, n'est pas moins inutile qu'ingénieuse ; et il ajoute cette réflexion : « Pour nos anciens auteurs, il allait de soi que c'était la même loi qui régissait le statut personnel et la succession mobilière *quelles que fussent les raisons qu'ils en donnaient* (1). »

Nous reconnaissons que pour nos anciens jurisconsultes, qui ne se préoccupaient que des coutumes françaises, c'était en fait la même loi qui jouait les deux rôles. Mais, quoi qu'en dise M. Renault, il est de la plus haute importance de rechercher si dans les deux cas, la loi n'était pas appliquée pour des raisons différentes. Nous ne pouvons trop le répéter : il ne faut pas assimiler une confusion de fait à une identité de droit.

Il est à remarquer que plusieurs auteurs qui se pro-

(1) Jour. de dr. int. priv., 1876. p. 343.

noncent en principe pour la loi nationale, apportent à cette règle des exceptions telles que leur opinion ne diffère pas en définitive de la nôtre. Par exemple, après avoir posé en thèse que la succession mobilière est soumise à la loi *du pays du de cujus*, MM. Aubry et Rau dérogent à cette règle pour le cas où le défunt était domicilié hors de sa patrie (1). Si la loi nationale n'est applicable que lorsqu'elle coïncide avec la loi du domicile, et si, dans le cas où ces deux lois sont en fait distinctes, celle du domicile doit l'emporter, c'est toujours, en dernière analyse, la loi du domicile qui est prise en considération, puisque la circonstance qu'elle s'identifie avec le statut personnel, n'est d'aucun effet.

En réalité MM. Aubry et Rau n'ont pas distingué les deux lois, ou, dans tous les cas, si l'on s'attache aux résultats de leur système, ils interprètent comme nous la doctrine traditionnelle.

Sous l'empire du Code, la jurisprudence s'est presque toujours prononcée pour la loi du domicile. On peut même dire que, dans les quelques espèces où elle a paru incliner vers le statut personnel, cette loi se présentait toujours en fait confondue avec celle du domicile, le *de cujus* ne s'étant jamais établi hors de sa patrie. Il n'y avait donc pas, dans ces circonstances, d'intérêt à distinguer les deux législations (2).

(1) I. § 31, p. 103. — Même remarque pour Demolombe; comp. dans le 1^{er} vol. de son *Cours de Code Napoléon* les nos 94 et 268 bis, p. 103 et 423.

(2) On ne peut citer comme admettant positivement l'application de la loi nationale à la succession mobilière que le jugement du Tribunal du Havre, en date du 22 août 1872, (S. 72, 2, 313; J. P. 72, 1219).

Mais la jurisprudence, suivie d'ailleurs en cela par une partie des auteurs, a longtemps hésité sur le point de savoir si, pour que la loi française gouvernât la succession mobilière d'un étranger établi en France, il était nécessaire que cet étranger se fût domicilié avec l'autorisation du gouvernement. Le débat a été tranché dans le sens de l'affirmative par l'arrêt de cassation du 5 mai 1875 (1), et, sur renvoi, par l'arrêt de la cour de Bordeaux du 24 mai 1876 (2). Toutefois le principe consacré par ces décisions n'empêche pas les tribunaux de décider que le simple domicile de fait acquis par l'étranger en France, peut déterminer la compétence du juge qui devra connaître des difficultés relatives à la succession (3).

Contrairement à la jurisprudence, nous pensons qu'il n'est point utile qu'un étranger se soit fixé en France sans l'autorisation du gouvernement pour que sa succession mobilière soit régie par la loi française.

On objecte l'art. 13 c. civ. Mais ce texte est étranger à la question. Il détermine la condition suivant laquelle l'étranger pourra jouir en France des *droits civils*. Tout autre chose est l'acquisition du domicile. Rien n'indique qu'elle ne soit pas simplement subordonnée, pour les étrangers comme pour les nationaux, au fait

(1) Arrêt Forgo, D. P. 75, 1, 343; S. 75, 1,409; J. P. 75, 1036.
— *Adde* les trois arrêts de la chambre civile du 12 janvier 1869, S. 69, 1, 38; J. P. 69, 311.

(2) Jour. des arr. de Bord. 76, 275; D. P. 78, 2, 79.

(3) Req. 7 juillet 1874, (Specht c. Specht), D. P. 75, 1, 271; S. 75, 1, 19; J. P. 75, 29. *Conf.* Paris, 1^{er} mars 1872 (Specht c. Specht), D. P. 72, 2, 235. S. 72, 2, 292; J. P. 72, 1184.

de résider dans un lieu et à l'intention d'y avoir son principal établissement. Dira-t-on que l'étranger ne peut pas posséder un domicile légal en France, s'il n'y jouit pas des droits civils ? Pourquoi ces deux choses seraient-elles liées l'une à l'autre ? Le domicile légal ne peut-il pas se concevoir en dehors de la jouissance de ces droits ? Cette jouissance est-elle son effet nécessaire ? N'a-t-il pas, au contraire, d'autres effets qui lui sont propres, et qui donnent un intérêt évident à son acquisition sans qu'il confère les droits civils.

L'art. 13 lui-même autorise l'affirmative, car il fait une distinction entre les étrangers qui ont obtenu une position privilégiée et ceux qui n'ont pas, en vue de leur établissement en France, sollicité l'autorisation du gouvernement. Or l'autorisation n'étant requise que pour l'obtention de la condition exceptionnelle, il s'en suit qu'elle n'est pas nécessaire pour l'acquisition du domicile, laquelle est mise en antithèse avec le premier cas.

Il est à remarquer que dans une controverse très-analogue, la jurisprudence s'est arrêtée à la solution inverse. Quand un étranger se marie sans contrat, les conditions civiles de son union sont régies par la loi française, si c'est en France que se trouve son domicile matrimonial (1). Or nous avons vu que la jurisprudence ne subordonne pas l'acquisition de ce domicile à l'autorisation du gouvernement. Comment justifier l'opinion contraire à l'égard de la succession mobilière ? Les deux situations n'ont-elles

(1) Voir *supra* page 91.

pas la plus grande analogie? La question de savoir par quelles règles sont gouvernées les conventions matrimoniales dépend, dit-on, de l'intention des conjoints; il est donc logique de suivre la loi à laquelle les parties, en se fixant sur le territoire soumis à cette loi, ont suffisamment montré qu'elles se réfèrent. Mais le point de savoir comment seront dévolus les biens n'est-il pas également subordonné à la volonté du *de cujus*? Ne doit-on pas tenir aussi bien compte de la volonté présumée de celui-ci que de celle des conjoints? Pourquoi son intention ne serait-elle pas, elle aussi, révélée par le choix d'un domicile sous l'empire d'une législation (1).

Objectera-t-on que la faculté de soumettre à la loi française la transmission de ses biens constitue un droit civil? Où puiserait-on cette idée? Dans la tradition? Non, évidemment. Elle proteste tout entière contre cette allégation, et appuie même d'une façon décisive l'opinion contraire. Jamais l'application de la loi française à la personne ou aux biens d'un étranger n'a été considérée comme une faveur. Tout à l'opposé, elle a toujours constitué la règle générale, l'expression du droit strict et rigoureux. C'est l'admission en France des effets d'une loi étrangère qui a été constamment qualifiée faveur et exception.

D'ailleurs, l'application de la loi française aux immeubles qu'un étranger laisse en France, n'a certainement pas ce caractère. Peut-il en être autrement de

(1) *Sic*, dans Sir. et dans J. P., note sous l'arrêt Forgo du 5 mai 1875

la réglementation de la succession mobilière par la même loi? Cette distinction serait inexplicable.

Autre contradiction. Il n'est pas besoin, aux yeux de la jurisprudence, qu'un étranger se soit fixé en France avec autorisation préalable, pour que le tribunal de son domicile ait, après sa mort, compétence pour connaître des difficultés soulevées au sujet de sa succession. Mais cet établissement ne serait pas suffisant pour rendre applicable la loi française. Distinction aussi peu fondée que la précédente.

Enfin, par une nouvelle inconséquence, la jurisprudence admet qu'un Français peut, par la réalisation des deux conditions ordinaires, le fait et l'intention, acquérir un domicile légal en pays étranger, et que la succession mobilière du Français ainsi domicilié est gouvernée par la loi locale. Comment concilier cette solution avec celle qu'elle donne à l'égard des étrangers? Ainsi les juges français font plus facilement prévaloir le statut étranger que la loi dont ils sont les organes directs. (1).

En présence de ces décisions contradictoires, il est manifeste que la jurisprudence n'a pas, sur la question, d'idées nettes, ni de système homogène.

La cour suprême, particulièrement, nous paraît avoir complètement perdu de vue les vrais principes de la matière. A ces théories si peu rationnelles, nous opposerons cet extrait d'un jugement du tribunal civil

(1) Voir sur toute cette critique de la jurisprudence, M. Louis Renault, Jour. de dr. int. pr., 1875, p. 422 et s.

de Marseille, en date du 28 mai 1867 (1), cassé par un des trois arrêts précités du 12 janvier 1869 : « Attendu que si l'art. 13, c. Nap. dispose que l'étranger qui aura été admis par l'autorisation de l'Empereur à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider, il ne s'ensuit pas qu'à défaut de cette autorisation, l'étranger ne puisse avoir un domicile réel et légal en France ; — Attendu, en effet, que le domicile est l'établissement d'une personne dans le lieu où elle entend fixer sa résidence ; — qu'il consiste donc dans le fait d'une habitation réelle, joint à l'intention d'un établissement permanent, etc., » On ne peut mieux raisonner.

SECTION III. — *Controverses particulières.*

Parmi les innombrables controverses que soulève la théorie des statuts, il en est trois que les auteurs considèrent comme particulièrement délicates, et, qu'ils placent, en conséquence, sur la même ligne. Elles sont relatives à l'usufruit légal du père ou de la mère sur les biens personnels de leurs enfants, à l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sur les biens du mari ou du tuteur ; enfin, à l'aliénabilité ou à l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

MM. Aubry et Rau, en face des hésitations et des contradictions qui se sont produites à l'occasion de ces controverses, estiment que ces questions sont étran-

(1) Mélizet C. Enreg. S. 69, 1, 139. J. P. 69, 311.

gères à la division des statuts, et que c'est lui donner trop d'extension que de vouloir les y faire entrer. N'y a-t-il pas, disent-ils, de l'aveu de tous les interprètes, des lois qui sont en dehors de cette division, par exemple les lois de police et de sûreté, les lois relatives à la forme des actes, à leur interprétation ou à leur exécution? (1) Incontestablement; mais ces dernières dispositions, si on analyse leurs effets, n'affectent pas d'une façon immédiate les personnes ou les choses. Cela posé, autant l'opinion de MM. Aubry et Rau nous paraît fondée pour ce qui est de l'aliénabilité ou de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, autant elle nous paraît contestable relativement à la jouissance légale et à l'hypothèque de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit. La question de savoir à quelle loi il faut se rapporter pour décider si les immeubles dotaux sont inaliénables, a d'ailleurs trouvé place dans le chapitre que nous avons consacré à l'interprétation des actes et contrats en général. Nous avons fait observer que c'est là le véritable siège de la matière (2).

Il ne nous reste donc plus qu'à rechercher quelle est la nature du statut qui régit l'usufruit des père et mère et l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée. Bien que ces deux questions présentent de grandes analogies, et qu'elles comportent des solutions connexes, nous les étudierons séparément pour relever plus facilement les nuances de détail que les auteurs ont établies entre elles.

(1) I, p. 85, note 17.

(2) Voir *supra*, page 92.

Nous appliquerons en outre les principes qui précèdent à l'art. 908 c. civil.

§ I^{er}. — *De la jouissance légale du père
et de la mère.*

I. — Dans l'ancien droit, tous les auteurs, à l'exception de Bouhier (1), considéraient comme un statut réel l'usufruit que le père avait sur les biens de ses enfants. Froland rapporte que c'est en ce sens que se pronouça l'unanimité de la conférence des avocats qui se réunit dans la bibliothèque de l'Ordre, le 14 janvier 1719 (2). Il invoque également « l'usage du Châtellet » et « ce qui s'observe communément en pareil cas » (3). Dès lors, dans la rigueur du système, le père domicilié sur un territoire où la puissance paternelle n'était pas admise, avait néanmoins l'usufruit des immeubles que ses enfants possédaient dans un pays où cette puissance était consacrée. Mais Boullenois reculait devant cette conséquence. Pour lui, la puissance paternelle était « personnelle et *personnalissime* dans partie de ses effets, et réelle dans l'autre partie. » Ces derniers effets, vu leur nature, devaient être renfermés dans les coutumes qui admettaient pareils droits. Seulement il lui semblait nécessaire de supposer que le père ne pouvait jouir de ces droits qu'autant que les enfants étaient en puissance. Cette restric-

(1) Laurent, Dr. civ. inter., II, p. 290, n° 157.

(2) Mémoires, II, p. 816.

(3) Op. cit., II, p. 817.

tion, à l'appui de laquelle Boullenois citait Bretonnier et Ferrière, a, nous le verrons, rencontré de nos jours plusieurs partisans (1).

Bouhier, avons-nous dit, était le seul qui estimât la disposition personnelle. « Quoique les droits utiles des pères sur les biens de leurs enfants soient distingués des droits honorifiques sur les personnes, ils ne le sont, disait-il, que comme un accessoire l'est de son principal. Or, cette distinction empêche-t-elle que l'accessoire ne suive la nature du principal? Je puis même à ce sujet, citer cet axiome des jurisconsultes : *Effectus regulatur a causa*. Or, on ne peut douter que la jouissance des biens des enfants ne soit *un effet de la puissance paternelle, elle est donc de même nature, et doit avoir son étendue* (2). » C'est ainsi, on le verra, que raisonnent encore les partisans de la personnalité, notamment M. Demolombe.

II. — Rappelons brièvement les divers systèmes aujourd'hui en présence :

A. — Proudhon (3), Troplong (4), et Colmet d'Aage (5) enseignent que l'usufruit du père et de la mère constitue un statut réel. Ils partent de cette idée que l'article 384, quels que soient ses motifs, a pour résultat

(1) Tr. des stat., II, p. 46 et 47.

(2) Œuvres, I, p. 677, n° 57.

(3) Tr. de l'état des personnes, I, p. 91.

(4) Des hypothèques, II, p. 429.

(5) Rev. de dr. franc. et étr., 1844, p. 406.

direct de modifier la condition juridique des immeubles de l'enfant. Ces auteurs ne semblent même pas supposer que cette solution puisse faire difficulté.

Notons que la jurisprudence anglaise s'est constamment prononcée dans le même sens (1).

B. — Fœlix conclut aussi à la réalité du statut; mais il pense que le père et la mère étrangers ne peuvent jouir des immeubles que leurs enfants possèdent en France, que si leur loi nationale leur accorde aussi un usufruit légal (2). Nous reviendrons sur ce système pour indiquer en quoi il diffère de celui que nous adopterons.

C. — M. Demangeat estime au contraire que le statut est personnel; mais il exige comme Fœlix le concours de la loi de la situation et de la loi personnelle (3). Cette considération est bien arbitraire dans un système qui admet la personnalité de l'usufruit légal; elle détruit même la base du système. En effet, si le statut est personnel, pourquoi se préoccuper de la loi de la situation du statut réel? Si l'on exagère l'idée que l'usufruit légal est un accessoire de la puissance paternelle au point de dire qu'il lui emprunte sa nature, on doit décider qu'il est régi comme elle par le statut personnel, sans qu'il soit nécessaire que les dispositions de

(1) Phillimore, *Comment. upon intern. law*, IV, n° 529; Story, *Conflict of laws* § 446.

(2) Tr. de dr. int. pr., I, p. 151.

(3) Hist. de la condit. civ. des étr., n° 82, p. 380, et sur Fœlix, t. I, p. 151

cette loi concordent avec celle du statut réel. Si, au contraire, on se préoccupe de cette dernière loi, c'est qu'apparemment on distingue l'usufruit légal des autres éléments de la puissance paternelle, et alors, il n'est plus dominé par le caractère général de cette puissance, il reprend sa nature propre; or, envisagé à part, il rentre, de l'avis de tous, dans le statut réel.

D. — M. Demolombe, qui se déclare pour la personnalité de l'usufruit légal du père et de la mère, a précisément insisté sur ce qu'elle était la conséquence du rôle accessoire de cet usufruit dans la puissance paternelle. L'usufruit légal est confondu dans un faisceau de droits qui tous, à la seule exception de l'usufruit lui-même, dépendent du statut personnel. La puissance paternelle, qui est le nom donné à l'ensemble de ces droits, constitue donc une loi personnelle, et l'élément réel qu'elle comprend ne peut pas se distinguer suffisamment pour être gouverné par une souveraineté différente (1).

On voit que M. Demolombe reproduit exactement l'argument de Bouhier.

La question s'est tout récemment présentée pour la première fois devant les tribunaux dans une affaire Ben-Chimol contre Cohen et autres, laquelle était portée devant le tribunal de Mostaganem. Cette juridiction, par son jugement du 11 nov. 1874, la cour d'Alger, par son arrêt du 10 juin 1875, et la cour de cassation, par sa décision du 14 mars 1877, se sont

(1) I, n° 88, et VI, n° 486. Comp. Laurent, Princ. de dr. civ., I, p. 145, n° 96, et Dr. civ. inter. II, p. 290, n° 157.

prononcées pour l'opinion soutenue par M. Demolombe (1).

III.— Ce système semble, en effet, logique au premier abord, aussi est-il suivi par beaucoup d'auteurs. Nous croyons cependant qu'il ne peut se concilier avec le deuxième paragraphe de l'art. 3. Ce texte porte que les immeubles situés en France sont gouvernés par la loi française, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers, et, comme nous l'avons dit plus haut, sa portée est absolue. Supposons que la loi étrangère admette le principe de l'usufruit légal, mais l'organise autrement que la loi française; que, par exemple, elle le prolonge après que les enfants ont atteint leur dix-huitième année. Supposons même qu'au lieu d'un usufruit proprement dit, la loi étrangère accorde au père un droit simplement analogue, comme un droit d'usage. Quel est le jurisconsulte qui appliquera ces dispositions à un immeuble situé en France, en s'autorisant de leur caractère de personnalité? Ne violerait-il pas un texte formel du code civil?

Et si l'on nous répond que l'application en France de ces lois ne compromettrait pas l'ordre public en donnant à cette expression une portée suffisante, mais sagement restreinte, ne pourrions-nous pas rappeler que l'on oublie absolument les susceptibilités exagérées sans doute, mais incontestables du législateur français,

(1) D. P. 77, I, 335; S. 78, I, 25; J. du P. 78, 38; J. de dr. int. priv., 1878, p. 167, col. 2; et sur renvoi, Aix 24 janv. 1878, S. 78, 2, 240.

lequel s'est montré si jaloux d'exclure la loi étrangère dans des cas où, après tout, l'application de cette loi n'eût pas été plus dangereuse pour l'ordre public, par exemple en matière de dévolution successorale.

La personnalité du statut a nécessairement deux conséquences : 1° L'étranger ne peut prétendre exercer, en vertu de l'art. 384 du code civil français, un droit de jouissance légale sur des immeubles situés en France ; 2° A l'inverse, il a un usufruit légal sur ces immeubles si sa loi personnelle le lui accorde. M. Demolombe ne dit pas s'il accepte la seconde de ces conséquences. Or, c'est elle évidemment, qui, en présence du dernier paragraphe de l'art. 3, est la plus délicate à justifier. Que faut-il donc présumer qu'il déciderait à cet égard ? Maintiendrait-il son refus malgré la disposition étrangère ? Dans le cas de l'affirmative, comment concilierait-il sa solution avec la personnalité du statut ? Si, en présence du deuxième paragraphe de l'art. 3, il écartait le statut étranger, ne ruinerait-il pas tout son système ? Ou le statut est personnel, et le deuxième paragraphe de l'art. 3 n'en peut empêcher l'application, ou ce texte prévaut, et alors le statut est réel. On peut dire de l'usufruit du père et de la mère ce que la cour d'Alger a excellemment dit de l'hyphothèque légale de la femme mariée (1) : Si l'on admet qu'il constitue non un statut réel, mais un statut personnel, *il faudra admettre les conséquences de cette qualification.*

(1) Arrêt du 21 mars 1860, (Frentzel c. Seligman), S. 61, 2, 67 ; D. P. 62, 1, 203. J. P. 61, 629.

L'usufruit légal du père et de la mère n'est sans doute, à vraiment parler, qu'un accessoire, qu'un attribut de la puissance paternelle. Il ne peut donc en être question que si la puissance paternelle existe, l'accessoire devant suivre le sort du principal. Cette proposition est exacte, mais on ne doit pas en exagérer la portée. C'est la puissance paternelle qui donne au père ou à la mère la capacité d'exercer leur usufruit légal. Qu'on leur ôte cette puissance, et ils n'auront plus de droit sur les biens propres de leurs enfants. Mais la théorie des statuts n'a-t-elle pas fréquemment pour conséquence de régler d'après une loi la capacité d'exercer un droit, et, d'après une autre, l'exercice même de ce droit ? N'est-ce pas là précisément un de ses effets les plus caractéristiques ? Pourquoi donc la puissance paternelle ne serait-elle pas gouvernée par un statut et l'usufruit légal par un autre ?

Au surplus, M. Demolombe et les partisans de son système se sont, à l'occasion d'une difficulté analogue, départi de leur notion si rigoureuse et si subtile de l'universalité de droits. Ils n'admettent point que les immeubles perdent leur individualité quand ils font partie d'une succession, et qu'ils échappent ainsi à l'art. 3.

Que l'analyse de la succession telle que la présente de Savigny, soit exacte, ils n'y contredisent pas. Mais l'art. 3, ajoutent-ils, prouve manifestement qu'elle n'a point prévalu dans l'esprit des rédacteurs du Code. Le sort des immeubles est-il directement en jeu ? Oui ; dans ce cas, appliquons le deuxième alinéa de l'art. 3.

Peut-être, en pure théorie, ce texte n'est-il pas à l'abri de toute critique, mais on ne peut en faire abstraction.

Eh bien, ce raisonnement si juste résout aussi la controverse relative à l'usufruit légal du père et de la mère. L'art. 384 et toutes les dispositions correspondantes qui peuvent se trouver dans les lois étrangères, affectent évidemment les immeubles, si on considère ces dispositions en elle-mêmes, isolément. Or, ce fait ne peut être méconnu parce que l'existence de l'usufruit légal est subordonnée à la présence d'une certaine règle dans un code étranger.

IV. — M. Laurent reproche à ce système ses conséquences inadmissibles ; si la jouissance légale de l'art. 384 est un statut réel, la même personne, dans le cas où son enfant a des immeubles situés en plusieurs pays soumis à des lois différentes, est exposée à se voir tantôt reconnaître et tantôt refuser le titre de père (1).

La réponse est bien simple ! Cette objection serait fondée si le refus de l'usufruit légal entraînait la méconnaissance de la puissance paternelle. Mais ces deux choses sont absolument distinctes. L'usufruit légal est l'accessoire ordinaire, mais non indispensable de cette puissance, il n'est point une des conditions de son existence. Un français qui se verrait, en pays étranger, légalement privé de l'usufruit des immeubles que son enfant posséderait en ce pays, n'aurait pas moins la

(1) *Principes de droit civil*, I, n° 96, p. 147.

puissance paternelle que le Français dont l'enfant n'a pas de biens personnels ou à l'enfant duquel ont été donnés des biens sous la condition que son père n'en aurait pas la jouissance. Dira-t-on que la loi, en laissant au donateur la faculté de stipuler cette condition, lui a reconnu le droit de nier la puissance personnelle? Non, évidemment! M. Laurent objecte encore que si l'usufruit légal est un statut réel, il s'ensuit qu'il faudra l'accorder en France à la mère étrangère, n'aurait-elle pas la puissance paternelle. Mais nous n'admettons point que cette conséquence s'impose comme le prétend M. Laurent. Quoi qu'il en dise, nous ne voyons rien d'illogique dans la réponse que Merlin faisait déjà à cette objection. L'étranger n'aura d'usufruit légal sur les immeubles que son enfant possède en France, que si la loi personnelle lui confère la puissance paternelle. Cette combinaison n'a point pour résultat de rendre le même statut à la fois personnel et réel (1). Un statut peut, sans devenir indéfinissable, présupposer l'existence d'un statut d'une autre nature.

V. — Notre système est d'ailleurs essentiellement différent de celui de Fœlix. Cet auteur, tout en reconnaissant que l'usufruit légal de l'art. 384 constitue un statut réel, ne l'accorde aux père et mère étrangers que si leur loi nationale leur confère aussi non pas simplement la puissance paternelle, mais la jouissance légale elle-même. C'est à ce système qu'on peut à bon droit reprocher de faire de la même disposition un

(1) Laurent, loc. cit.

statut à la fois réel et personnel. Mais nous soutenons, ce qui est tout autre chose, que les étrangers n'ont l'usufruit légal sur les immeubles propres de leurs enfants que si leur loi nationale admet la puissance paternelle. Quant à l'organisation de l'usufruit lui-même, à sa durée, à son étendue, c'est la loi française qui en décide. Autre chose est la question de savoir si l'on peut exercer l'usufruit légal, autre chose celle de savoir par quelle loi sera régi cet usufruit. Or, pour voir si l'usufruit légal est possible, il faut rechercher si la loi personnelle étrangère admet la puissance paternelle, et, dans le cas de l'affirmative, l'usufruit sera régi par la loi de la situation des biens et nullement par le statut personnel.

Il est étrange que les mêmes auteurs qui outrent assez les rapports d'accessoire à principal, pour décider que l'usufruit légal et la puissance paternelle sont nécessairement gouvernés en tout par une seule et même loi, n'admettent pas que cette corrélation, restreinte dans ses conséquences par l'art. 3, subordonne du moins l'existence de l'accessoire à celle du principal. Ce rapport n'aurait pu être détruit par le législateur lui-même, car il constitue une vérité de bon sens : puisque la loi fait de l'usufruit légal un accessoire de la puissance paternelle, il faut qu'il disparaisse avec elle. C'est une nécessité : rien ne peut l'empêcher.

Mais la notion d'accessoire n'implique pas essentiellement que la chose qualifiée ainsi soit gouvernée en tout par les mêmes règles que la chose qui par rapport à elle joue le rôle de principal. Les conventions matrimoniales, par exemple, sont l'acces-

j

soire du mariage ; cependant ses deux contrats peuvent être régis par des lois de pays différents. On doit, en effet, distinguer dans les rapports qui existent entre le principal et l'accessoire, les conséquences des caractères mêmes d'accessoire et de principal, lesquelles ne seraient pas empêchées par la disparité de nature des deux choses, et les conséquences d'une identité purement accidentelle.

VI.— M. Laurent, tout en concluant à la personnalité de l'usufruit légal des père et mère, fait une concession qu'il faut remarquer : « Ce n'est point, dit-il, qu'il n'y ait quelques doutes *au point de vue des principes traditionnels* sur la division des statuts. *Il est certain qu'à s'en tenir à l'art. 3, il faudrait dire que l'usufruit légal n'est pas un statut personnel, car il ne concerne pas l'état et la capacité des personnes* (1). » A notre avis, l'interprète du code civil a, dans cette matière, le devoir de s'en tenir à l'art. 3 et à l'ancienne doctrine dont cette disposition n'est que la consécration sommaire. M. Laurent ajoute, après avoir soutenu la personnalité du statut : « Merlin est d'un avis contraire ; son opinion mérite qu'on s'y arrête, *car elle est consacrée par la tradition. Reste à savoir si l'esprit du droit moderne est encore celui de l'ancien droit* (2). »

Si le *droit moderne* dont parle M. Laurent, est le droit français actuel, nous lui objecterons que le la-

(1) Op. cit., I, n° 96, p. 145.

(2) Op. cit., I, n° I, p. 146.

conisme de l'art. 3 ne peut s'expliquer que par l'intention qu'avait le législateur de renvoyer à la doctrine traditionnelle. Si, au contraire par les mots *droit moderne* M. Laurent vise le mouvement théorique qui s'opère de nos jours dans la science du droit international, et qui, naturellement, se place en dehors de notre législation, nous lui répondrons que dans un commentaire du code civil français, les idées du *droit moderne* doivent rester sans influence.

VII. — D'après les explications qui précèdent, le père et la mère étrangers auront comme conséquence de la jouissance paternelle, et indépendamment des dispositions de leur loi nationale, un droit d'usufruit légal sur les immeubles que leurs enfants posséderont en France. Mais que faudra-t-il décider si ces derniers sont propriétaires de meubles situés en France? Conformément à la doctrine traditionnelle, il faut faire la distinction suivante : Si les enfants ont un domicile en France, leurs meubles sont *ipso facto* soumis à la jouissance légale. Mais, s'ils sont domiciliés dans un pays étranger, c'est la loi de ce pays, et non la loi française, qui sera applicable. La question sera donc subordonnée à la législation du domicile. Pourquoi, en effet, dans la seconde hypothèse, ferait-on gouverner les meubles par la loi de leur situation matérielle? L'État français a-t-il un intérêt à ce que le père et la mère étrangers aient l'usufruit des meubles de leurs enfants? Non, sans doute! Alors pourquoi déroger à la règle générale, aux principes traditionnels?

§ 2. — *De l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.*

I. — En abordant le point de savoir si l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit appartient au statut réel ou au statut personnel, certains auteurs font remarquer que cette question suppose qu'on en a déjà résolu une autre. Il faut, en effet, selon eux, rechercher si l'hypothèque légale doit être rangée parmi les droits naturels ou parmi les droits purement civils. Car si elle constituait un droit de cette dernière nature, l'étranger en serait toujours nécessairement privé, qu'elle fit partie du statut réel ou du statut personnel. En d'autres termes, avant d'examiner suivant quelle loi l'étranger exercera cette garantie, il faut savoir si elle lui est accordée.

Nous n'adopterons pas cette méthode. L'opportunité de la question que nous allons étudier, n'est pas, quoi qu'en disent ces auteurs, intimement liée à la solution que l'on doit donner à l'autre difficulté. En admettant même que l'hypothèque légale des divers incapables précités soit un droit purement civil, il n'y aurait pas moins lieu de se demander si elle rentre dans le statut réel ou dans le statut personnel. Car, même alors, cette discussion devrait au moins s'agiter à l'égard des étrangers domiciliés en France avec l'autorisation du gouvernement. En effet, si l'acquisition en France d'un domicile légal leur confère aux termes de l'art. 13 la jouissance des droits purement civils, elle ne les soustrait pas à l'application de leur loi nationale. Si la loi française leur reconnaît la

jouissance de ces droits, il n'en est pas moins vrai que c'est par leur loi personnelle que cette jouissance sera réglée. Nous pouvons donc, sans avoir à trancher de question préalable, entrer immédiatement dans l'examen de la difficulté qui se rattache à la théorie des statuts.

II.—La controverse relative à l'hypothèque légale des étrangers mineur, interdit et femme mariée n'est pas moins vive que la controverse relative à l'usufruit légal du père et de la mère étrangers.

A. — Merlin (1) et Troplong (2) se prononcent catégoriquement pour la réalité de l'hypothèque légale. Ils argumentent de ce que le régime hypothécaire rentre essentiellement dans l'organisation de la propriété foncière, et qu'il présente par conséquent au plus haut point les caractères de la réalité.

B. — Foelix n'admet l'hypothèque légale que lorsqu'elle est conférée à la fois par la loi personnelle de la femme, du mineur ou de l'interdit, et par celle de la situation des immeubles du mari ou du tuteur (3).

La même opinion a été très habilement soutenue par M. Ganser, procureur général près la cour de Gand (4).

(1) Répert., V^o Remploi § 2, n^o 9.

(2) Priv. et hyp., t. II, n^o 429 et 513 ter.

(3) Op. cit. n^o 67, p. 150 ; Rev. étr. et franç., 1842, IX, p. 25 et suiv.

(4) S. 47, 2, 39 ; avant l'arrêt de Gand du 4 juin 1846 (Fontaine c. Guillochin-Dessigny).

C.— M. Demangeat rattache l'hypothèque légale des personnes sus-énoncées au statut personnel, car, en l'établissant, le législateur a eu égard à leur état d'incapacité (1). M. Demangeat n'exige pas d'ailleurs que l'hypothèque légale soit aussi consacrée par la loi de la situation ; cette dernière loi n'aura à intervenir que pour déterminer le rang et le mode de conservation de l'hypothèque, c'est-à-dire en ce qui intéresse l'ordre public. La conséquence la plus remarquable de ce système c'est que la femme, le mineur et l'interdit français pourront invoquer leurs hypothèques légales sur les biens que le mari et le tuteur posséderont dans un pays où pareille garantie n'est pas accordée à ces incapables, pourvu, qu'on y reconnaisse simplement le droit réel appelé hypothèque.

D.— M. Demolombe, qui a le tort de présenter comme identique le système de Fœlix et celui de M. Demangeat, résout la question dans des termes qui ne permettent guère de saisir au juste la pensée du grand jurisconsulte. Ainsi qu'il le fait pour l'usufruit légal, il décide que l'hypothèque légale est un statut personnel, et, en conséquence, ne l'accorde en aucun cas aux étrangers (2). Cette conclusion est évidemment logique dans l'opinion de M. Demolombe, quand la garantie de l'hypothèque légale n'est pas conférée aux étrangers par leur loi nationale, et que, pour y prétendre, il ne

(1) Sur Fœlix I, p. 151, note B, et Hist. de la cond. civ. des étr., n° 82.

(2) I, n° 88, p. 95.

pourraient s'autoriser que de la loi de la situation. Mais, comme nous l'avons dit à propos de l'art. 384, la personnalité d'un statut a deux faces : le Français peut invoquer le statut à l'étranger, et l'étranger, dont la loi nationale contient la même disposition, peut l'invoquer en France. Ici donc, comme à l'égard de l'usufruit du père et de la mère, il importait de savoir si M. Demolombe, même en présence du deuxième paragraphe de l'art. 3, entendait accepter les conséquences nécessaires de la personnalité.

III.— Malgré l'autorité considérable qui s'attache au nom de nos contradicteurs, nous croyons devoir nous prononcer pour la réalité de l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit. Cette garantie est sans doute l'accessoire d'une créance qui naît du mariage, de la tutelle ou de l'interdiction, c'est-à-dire de faits générateurs d'une incapacité. Mais, prises en elles-mêmes, et si l'on considère leur résultat et non leurs motifs, les dispositions qui l'établissent, ont un incontestable caractère de réalité puisqu'elles affectent directement la condition des immeubles. Ces lois altèrent-elles l'état ou la capacité des personnes ? Non, sans contredit. L'hypothèque légale est attribuée à certaines personnes en raison de leur incapacité, mais elle n'engendre pas cette incapacité (1). L'affectation

(1) Boullenois, Tr. des stat., I, p. 86. Voici comment il s'exprime : « Mais je ne vois pas comment la femme est affectée par ce privilège. Il ne met en elle ni capacité, ni incapacité, il ne dispose pas de ses habitudes civiles... » Ce point de vue nous paraît seul d'accord avec les définitions traditionnelles.

sur les personnes est le résultat d'autres dispositions que présupposent, il est vrai, les lois relatives à l'hypothèque légale, mais qui sont complètement distinctes et différentes de celles-ci. Les garanties accordées au mariage, à la minorité ou à l'interdiction sont tellement distinctes de ces statuts personnels qu'alors que ces statuts ont uniformément trouvé place dans toutes les législations, elles varient suivant les pays. L'hypothèque légale modifie-t-elle, au contraire la condition juridique des immeubles? Évidemment! un droit *in re* est conféré sur eux, une charge pèse sur eux, donc leur condition est changée, et le statut est réel. En résumé, il faut se reporter à la définition traditionnelle de la réalité, et ne pas lui en substituer une autre plus philosophique peut être, mais absolument fantaisiste. L'hypothèque légale a beau procéder de l'intérêt que le législateur porte à certaines classes de personnes, elle n'en est pas moins une hypothèque. Or l'hypothèque rentre certainement dans le statut réel.

IV. — Les anciens auteurs étaient tous d'accord sur ce point. Boullenois s'est prononcé pour la réalité de l'hypothèque légale dans plusieurs passages de son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* (1). Paul Voet (2) et Rodenburg (3) enseignaient la même opinion. Bouhier lui-même, sur l'avis duquel

(1) Loc. cit. et passim.

(2) Sect. II, ch. II, p. 266.

(3) T. II, ch. v, n° 16.

nous insistons tout particulièrement à cause de sa prédilection si marquée pour le principe de la personnalité, s'exprimait en ces termes : « *Il n'y a sans doute point de loi plus réelle que celle qui donne aux femmes mariées une hypothèque privilégiée pour leur dot sur les biens de leurs maris, même au préjudice des créanciers antérieurs, car on n'a jamais proposé de l'étendre aux biens situés hors des provinces où cette loi a été reçue* » (1).

V. — Ici encore, M. Laurent nous objecte les inconvénients de la réalité. La tutelle, dit-il, s'ouvre à l'étranger : quelles seront les garanties accordées au mineur pour sa personne et pour ses biens ? C'est évidemment la loi personnelle qui en décide, car la solution dépend de considérations de mœurs, de traditions, d'état social, et ce sont là des éléments personnels.

Mais ces garanties ne sont pas les mêmes dans tous les pays : C'est ici un collège pupillaire, là un conseil de famille avec garanties réelles, là enfin, la surveillance des tribunaux. Le mineur pourra-t-il cumuler ces garanties ? Pour certaines, telles que le collège pupillaire ou le conseil de famille, cela sera impossible.

(1) I, ch. xxiii, n° 56, p. 661 ; Bouhier ajoute, il est vrai : « Cependant il est certain qu'elle affecte principalement la personne de la femme, *puisque ce privilège lui est tellement personnel qu'il ne passe point à ses héritiers.* » Mais ces derniers mots prouvent assez dans quel sens Bouhier qualifie personnelle l'hypothèque légale. Au surplus, comp., ch. xxxv n° 13 et 14, p. 818.

Les garanties réelles pourraient à la rigueur concourir avec d'autres mesures protectrices, mais ce mélange serait incohérent et peu juridique (1).

Cela est vrai. Si on admet la réalité de l'hypothèque légale, il se pourra que le mineur cumule diverses garanties qui seront les unes réelles, les autres personnelles; mais ces conséquences regrettables, quand elles découlent logiquement de la loi, condamnent non pas l'œuvre de l'interprète, mais bien celle du législateur. Dans notre cas, notamment, le résultat signalé par M. Laurent prouve qu'il eût été bon d'apporter une exception au principe inscrit dans le deuxième paragraphe de l'art. 3; mais, ce principe ayant conservé toute sa portée, il ne nous appartient pas d'en supprimer arbitrairement les conséquences. D'ailleurs, dans l'autre système, ne pourra-t-il pas se présenter l'inconvénient opposé, lequel est tout aussi grave? ne se pourra-t-il pas que le mineur soit absolument privé de garanties? Supposons que sa loi nationale ne lui en accorde que de personnelles, et que ces garanties soient incompatibles avec les institutions du pays étranger où il se trouve; supposons, par exemple, que sa loi nationale le place sous la protection d'un collège pupillaire, et ne lui confère pas d'hypothèque légale: s'il ne peut invoquer en France cette dernière garantie, comment sera-t-il protégé, car il ne peut être question en France de collège pupillaire?

() Principes, I, p. 183; la même objection est faite par M. Valette, Priv. et hyp., p. 277.

VI. — Pour démontrer que l'hypothèque légale est un droit civil et non un droit naturel, MM. Aubry et Rau argumentent, eux aussi, d'une conséquence qu'ils estiment inadmissible en pratique. Si l'hypothèque légale constitue un droit naturel, il faudra, objectent-ils, l'accorder à toutes les personnes étrangères, aussi bien morales que physiques, rentrant dans l'énumération de l'art. 2121, et, par conséquent, aux communes et aux établissements étrangers sur les biens de leurs comptables (1).

Nous n'avons pas à répondre à cette objection, en tant qu'elle s'opposerait à ce que l'hypothèque légale fût un droit naturel ; mais comme on pourrait en argumenter tout aussi bien pour contester la réalité du statut, nous croyons utile de la réfuter.

De ce que le législateur, en donnant aux femmes mariées, aux mineurs et aux interdits la garantie d'une hypothèque légale, a entendu protéger tous ces incapables sans distinction de nationalité ; il n'est pas d'une suite nécessaire qu'en accordant le même avantage aux communes et aux établissements publics, il ait eu en vue les personnes morales étrangères de cette catégorie. Cette idée répugne d'autant plus qu'elle suppose un fait inconciliable avec les exigences de l'ordre public : le législateur de 1804 ne pouvait admettre sur le territoire français, l'action directe d'une souveraineté étrangère.

Au surplus, la question n'est-elle pas tranchée par le troisième paragraphe de l'art. 2121 ? MM. Aubry et

(1) Op. cit., I, p. 305, note 61.

Rau ne parlent que des communes et établissements étrangers. Pourquoi n'appliquent-ils pas l'intégralité du texte aux personnes morales étrangères ? C'est que les termes de la loi s'y opposent. Bien plus ! pris intégralement, le dernier paragraphe de l'art. 2121 ne laisse pas place à l'objection de MM. Aubry et Rau. Il est ainsi conçu : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux de l'*État*, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. » Il ne peut venir à la pensée de personne, en lisant ces lignes, que le législateur a songé aux États étrangers : l'*État*, pour lui, c'est État français, le seul dont il ait intérêt à défendre les droits et le seul qui soit souverain sur le territoire auquel s'appliquera le nouveau Code. Ce point établi, n'est-il pas évident que les communes dont il est ensuite fait mention, sont les subdivisions administratives de ce même État, que les établissements publics favorisés sont ceux qui sont reconnus par ce même État, que tout le paragraphe, en un mot, n'est qu'une consécration de la puissance publique de ce même État ?

En passant sous silence les États étrangers, MM. Aubry et Rau ont reconnu qu'il ne pouvait en être question en présence de l'art. 2121. Evidemment l'objection eût été beaucoup plus forte s'ils avaient représenté les États étrangers comme ayant, dans le système de leurs adversaires, le droit d'invoquer en France une hypothèque légale sur les biens de leurs comptables. L'action sur le territoire Français des souverainetés étrangères envisagées dans leur expression la plus haute, c'est-à-dire sous forme d'État, serait

incomparablement plus grave que celle des communes et des établissements publics étrangers, éléments secondaires ou simples émanations de ces souverainetés. Si MM. Aubry et Rau ont restreint la portée de leur objection, c'est que les termes du troisième paragraphe de l'art. 212 s'opposaient à ce que les États étrangers y fussent compris. Mais on doit aller plus loin, et décider que la comparaison des diverses énonciations de cet article supprime toute difficulté quant aux communes et aux établissements publics étrangers.

VII. — La jurisprudence, tout en posant en règle que l'étranger n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles que son tuteur possède en France, admet une exception pour le cas où la tutelle a été déférée en France, à un Français, en vertu de la loi Française (1). MM. Aubry et Rau font la même distinction (2). Cette opinion raisonne ainsi : Les pouvoirs du tuteur étant déterminés par la loi française, les garanties, conférées au mineur doivent être mesurées par la même loi. D'autre part, il est juste que l'incapable étranger bénéficie des avantages accordés aux mineurs par la loi française, puisqu'il supporte les obligations qu'elle leur impose. Sans revenir sur le principe adopté par les adversaires, nous dirons que le raisonnement présenté en faveur de l'exception est logique ; mais

(1) Bourges 4 août 1874. (Sokolowski) S. 1875, 2, 69, J. de dr. int. Pr. 1876, p. 31.

(2) I, p. 307, § 78, note 66.

qu'il nous est impossible d'en conclure avec l'arrê-
tiste du *Journal de droit international privé* que le
mineur étranger a, dans le cas précité, l'hypothèque
légale et les garanties octroyées par sa loi nationale.
Du moment que les pouvoirs du tuteur et les obliga-
tions du mineur ne sont pas organisés par cette der-
nière loi, on peut renverser le raisonnement rapporté
plus haut, et y puiser un argument contre cette solu-
tion : puisque les garanties données par la loi étran-
gère ne se trouvent pas en rapport avec les pouvoirs
du tuteur, elles n'ont aucune raison d'être. De même,
puisque le mineur n'est pas tenu envers son tuteur
des obligations établies par sa loi nationale, il n'a
aucun droit aux avantages qui leur servent de contre-
poids.

§ III. — *De l'art. 908 c. civ.*

L'art. 908 est l'objet d'une controverse non moins
délicate. Les auteurs qui concluent à la personnalité
de cette disposition, font remarquer qu'elle figure
dans un chapitre intitulé : « De la *capacité* de dispo-
ser ou de recevoir par donation entre-vifs ou par tes-
tament, » et qu'elle se trouve entre deux textes qui
consacrent évidemment des incapacités de cette nature.
Ils ajoutent, et c'est leur argument capital, que le but
de cette disposition est de frapper d'une défaveur les
enfants nés hors mariage. A leurs yeux, cela est si
vrai, qu'en l'absence de parents à réserve, les père et
mère naturels peuvent épuiser entièrement leur fortune

au profit de toute personne autre que leurs enfants illégitimes (1).

Ces considérations ne nous paraissent pas décisives. On sait que les classifications adoptées par le législateur et que le groupement des articles du Code sont loin d'être parfaits comme méthode scientifique, ou plutôt les rédacteurs de la loi n'avaient pas à se préoccuper de ce point de vue. On ne peut donc, surtout quand la nature des choses proteste contre cette induction, attacher tant d'importance à la place occupée par un texte.

On objecte que si le législateur s'était proposé d'assurer aux parents légitimes une partie de la fortune du donateur, il n'aurait pas laissé à ce dernier la faculté de se dépouiller en faveur de toute personne autre que ses enfants naturels. Mais nous répondons que la distinction est très-logique. Le législateur devait craindre qu'on ne se dépouillât beaucoup plus facilement au profit de ses enfants illégitimes qu'au profit d'étrangers. De là une prohibition qui avait tout spécialement raison d'être à l'égard des premiers. *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat* (2).

D'ailleurs, si cette prévoyance même révèle un sentiment défavorable aux enfants naturels, est-ce à dire que le législateur les ait frappés d'une incapacité! Non certes, car s'il en était ainsi, la libéralité serait nulle *ab initio*. C'est là, de l'avis unanime, la caractéristique des incapacités de recevoir. Elles rendent

(1) Laurent, I, n° 111, p. 176, et XI, n° 361, p. 471.

(2) Marcadé, I, n° 71, p. 28.

nécessairement la disposition nulle dès son origine (1) Or, on ne peut jamais être sûr au moment où la donation est faite aux enfants illégitimes, qu'elle ne produira pas son plein et entier effet. Qu'on le remarque ! il ne peut pas, à cette époque, exister de doute sur la validité de la donation. Cette validité est incontestable. La seule question qui soit en suspens est celle de savoir dans quelle proportion la libéralité sera exécutée.

Enfin, notre opinion ne puise-t-elle pas une nouvelle force dans cette circonstance que l'art. 908 renvoie aux dispositions du titre des successions ? Il n'est donc que leur complément, qu'un moyen d'en assurer l'efficacité. Or, la réalité de ces dispositions n'est contestée par personne (2)

L'art. 908 ne fait que prévoir de nouveau le cas, où, à l'ouverture de la succession de leurs père et mère, les enfants naturels seront en présence de telles ou de telles personnes, et il rappelle que, suivant la qualité de ces personnes, le législateur a établi des bases de répartition différentes auxquelles on ne peut échapper par le moyen de donations entre-vifs.

(1) V. notamment Demol., *Success.*, t. II, n° 83, p. 127. Mourlon, *Rép. écr.*, II, n° 530, p. 265 ; Demante et Colmet de Santerre, IV, n° 28 bis, I, p. 59.

(2) Marcadé, I, n° 71, p. 27, Demol., *Success.* t. II, n° 83, p. 128.

CHAPITRE V

Du statut personnel.

Le troisième paragraphe de l'art. 3 porte que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

Il nous faut déterminer l'esprit et la portée de ce texte, et, après avoir commenté sa disposition expresse, établir qu'il admet implicitement le statut personnel des étrangers.

§ I. — *Du statut personnel des Français.*

I. — Tant que les individus conservent la qualité de Français, ils sont soumis aux lois françaises constitutives de l'état et de la capacité des personnes. Ces lois sont inhérentes à la qualité de Français, elles lui sont essentiellement liées. « Il suffit, disait Portalis, d'être Français pour être régi par la loi française. » (1) Or, puisque tel est leur véritable caractère, peu importe, au point de vue de leur application, que le Français se

(1) Présentation au Corps législatif, séance du 4 ventôse, an XI, 23 février 1803, Fenet VI, p. 357.

trouve ou non dans son pays. Cette circonstance ne le dépouille pas de sa nationalité. Un résultat aussi grave ne pourrait être obtenu que par l'effet d'une naturalisation acquise en pays étranger. Par conséquent, selon la parole du tribun Faure, « sa qualité de Français le suivant partout, les lois qui dérivent de cette qualité doivent le suivre également. » (1)

II. — Cette disposition a une autre raison d'être. S'il suffisait à un Français de passer à l'étranger pour se soustraire aux incapacités prononcées par la loi française et aux mesures protectrices dont il a été l'objet de la part du législateur, les dispositions de la loi française seraient absolument illusoires.

III. — Enfin, il n'est pas admissible qu'une personne puisse directement renoncer à son statut personnel : ce fait serait contraire à l'ordre public. (2) Or, si un Français n'avait qu'à se rendre en pays étranger pour se soustraire à sa loi nationale, il aurait toujours un moyen de renoncer tacitement à cette loi. Le législateur ne pouvait tolérer qu'on tournât si facilement ses prohibitions.

IV. — Mais il n'est pas moins inadmissible que le Français puisse, même aux yeux des juges de son pays, trouver, en pays étranger, dans son statut per-

(1) Corps législatif, séance du 14 vent., an XI, 5 mars 1803, Fenet, VI, p. 386.

(2) Sic, Bruxelles, 29 juillet 1865; *Pasicrisie*, 1866, 2, 57.

sonnel, un moyen de tendre impunément des pièges aux personnes avec lesquelles il contracte ou contre lesquelles il plaide. Si donc un Français, en pays étranger, a pu raisonnablement, vu certaines circonstances, par exemple à la suite d'un long séjour, être considéré comme indigène, il y a eu de sa part dol ou au moins faute lourde à ne pas prévenir de sa nationalité ceux avec lesquels il a contracté ou contre lesquels il a plaidé. En conséquence, les tribunaux français devront eux-mêmes maintenir les conventions par lui passées, ou les jugements étrangers rendus contre lui sans qu'il ait déclaré sa qualité de Français.

V. — Le Français, en pays étranger, ne conserve pas simplement son état et sa capacité tels qu'ils ont été, à l'origine, déterminés par sa loi personnelle, mais bien tels qu'ils peuvent avoir été déclarés ou modifiés ultérieurement par des jugements civils. Cette remarque s'applique notamment aux incapacités résultant d'interdictions, de nominations de conseil judiciaire et de déclarations de faillite. Cependant les magistrats français devraient maintenir soit les contrats passés à l'étranger par des Français atteints de ces incapacités exceptionnelles, soit les décisions des tribunaux étrangers rendues contre eux, si les étrangers avec lesquels ils avaient traité ou plaidé, avaient ignoré complètement ces incapacités, et ne pouvaient, de ce chef, être taxés d'aucune imprudence. La maxime qui veut que nul ne soit censé ignorer la condition juridique de celui avec lequel il contracte, ne doit pas, en effet, excéder les limites d'une exigence raisonnable, en mettant les étrangers dans la nécessité

de procéder à des vérifications qui, de loin, sont impraticables.

Il serait d'autant plus exorbitant de sacrifier au Français l'intérêt de l'étranger, que le premier, même dans le cas où il avait la preuve que l'étranger était informé de sa qualité de Français, et pouvait, par suite, se renseigner facilement sur la capacité générale que suppose cette qualité, a commis une faute lourde en gardant le silence sur son incapacité exceptionnelle. Il devait comprendre que l'étranger ne pouvait soupçonner sa condition. Aussi, en se prononçant à son égard dans le sens que nous avons indiqué, les magistrats ne feraient-ils qu'une juste application de l'article 1382 c. civ.

VI. — Quant aux incapacités prononcées par des tribunaux criminels français, elles doivent, vu leur caractère de pénalités, être réputées, même aux yeux des juges français, n'avoir pas suivi les nationaux à l'étranger.

A plus forte raison en est-il de même des incapacités qui résultent d'actes ou de mesures politiques du gouvernement français, comme, par exemple, des lois de proscription. C'est donc avec raison que la jurisprudence française a admis que les émigrés n'étaient pas demeurés à l'étranger en état de mort civile conformément aux lois révolutionnaires (1).

VII. — Du principe que le statut personnel d'un

(1) Req. rej. 7 janvier 1806, S. 6, I. 129 ; Req. rej. 26 janvier 1807, S. 7, I, 123.

Français le suit à l'étranger, découlent deux conséquences générales. D'abord, les actes qu'un Français a passés à l'étranger, doivent nécessairement, malgré les dispositions contraires des lois étrangères, être réputés par les juges français inattaquables au point de vue de sa capacité, si la loi française décidait qu'il pouvait les faire valablement. A l'inverse, aux yeux des tribunaux français, les actes passés par un Français en pays étrangers, doivent toujours être considérés comme nuls, par cela seul que sa loi personnelle lui refusait la capacité de les faire, la loi étrangère renfermât-elle à cet égard une disposition opposée.

VIII. — Nous nous sommes appliqué dans le chapitre que nous avons consacré aux définitions à dégager le criterium de la personnalité, et nous avons posé cette règle : le statut est personnel quand *l'affectation* porte sur l'état ou la capacité des personnes, quand elle est *constitutive* de l'un ou de l'autre. L'application de ce principe à deux des principales difficultés de la matière va nous en montrer toute la portée. L'art. 904 c. civ. est ainsi conçu : « Le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. » Quelle est, d'après notre théorie, la nature de cette disposition ? Toute la question se résume à savoir si l'art. 904 établit une incapacité ou une indisponibilité. Dans la première hypothèse, l'affectation portera sur la condition juridique de la personne, et, par conséquent, le statut sera personnel. Dans la seconde, elle s'exercera sur la condition juridique des

biens, et le statut sera réel. Or tous les auteurs s'accordent à dire que l'art. 904 crée une véritable incapacité (1). La circonstance que le testateur ne mourrait qu'après sa majorité, serait indifférente. Demême, si, dans l'intervalle qui s'écoule entre la confection du testament et la mort du mineur, une nouvelle loi abrogeait l'art. 904, la situation n'en serait pas modifiée. La personne est donc affectée dans sa capacité, et c'est là, nous l'avons établi, la caractéristique du statut personnel.

IX. — Une question analogue se pose au sujet de l'art. 907. Aux termes de cette disposition, le mineur, même âgé de seize ans, ne peut tester au profit de son tuteur dans la limite fixée par l'art. 904; en outre, une personne affranchie de la tutelle ne peut faire de libéralité testamentaire ou entre vifs au profit de son ancien tuteur tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré. M. Laurent, tout en décidant que d'après les vrais principes l'art. 907 rentre dans le statut personnel, s'exprime ainsi : « Statut réel, dit la doctrine, parce qu'il a précisément les biens pour objet : ce n'est pas une incapacité que le législateur veut créer, il n'a donc pas en vue l'état du mineur, mais la conservation des biens. *Cela est très-juste,*

(1) « C'est certainement une règle de capacité personnelle qui se trouve dans l'art. 904. » Demol., t. 18, p. 427, n° 424. — « Nous disons que les art. 903 et 904 régissent une question de capacité et non de disponibilité. *Il suffit de lire ces articles pour s'en convaincre.* » Laurent, Princ., t. XI, p. 194, n° 145. — Comp. Dem. et Colm. de Sant., t. 4, p. 49, n° 22 bis III, et Aubry et Rau, t. 7, § 688, p. 251, note 3.

si l'on s'en tient à la doctrine traditionnelle ; mais la conséquence témoigne contre le principe. » (1) Cette proposition nous paraît hasardée. La vraie tradition nous amène, au contraire, à admettre la personnalité de ce statut. La libéralité testamentaire qu'un mineur âgé de seize ans fait au profit de son tuteur ne peut, grâce à un événement ultérieur, devenir inattaquable. Il en est de même de la donation entre vifs ou du testament qu'une personne aurait fait à son ancien tuteur avant la reddition du compte de tutelle. Cela posé, le point de savoir si la disposition de l'art. 907 engendre une incapacité ou une indisponibilité n'est pas douteux. La première de ces solutions est la vraie. Comme le reconnaît ailleurs M. Laurent lui-même : « C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Marcadé, auquel il ne vaut pas la peine de s'arrêter parce qu'il est contraire à l'évidence des choses. » (2) Or voilà qui préjuge la difficulté que nous examinons : s'il y a incapacité, il y a affectation dans la personne, et c'est précisément à ce résultat que la doctrine traditionnelle reconnaît la personnalité (3).

§ 2. — *Du statut personnel des étrangers.*

I. — Le législateur français a-t-il admis le statut personnel des étrangers ? En conséquence, sont-ils en France, au point de vue de leur état et de leur capa-

(1) Princ. de dr. civ, I, n° 110, p. 175.

(2) Op. cit., n° 330, p. 456.

(3) Voir *supra*, p. 32.

cité, dans une condition analogue à celle des Français en pays étrangers ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Les étrangers doivent conserver aux yeux des juges français l'état et la capacité qui découlera pour eux soit de leur loi nationale, soit des jugements civils qui en ont déclaré ou modifié l'application, et ce principe produit à leur égard, quant aux actes qu'ils passent en France, des conséquences identiques à celles que nous avons signalées relativement aux actes faits par les Français à l'étranger. Les lois personnelles des étrangers sont, en effet, comme celles des Français, l'expression des caractères particuliers et distinctifs des peuples. Un individu a autant de droit à ce qu'on lui applique sa loi personnelle qu'il en a à ce qu'on ne méconnaisse pas sa personnalité. Si l'on ne peut nier la personnalité des étrangers, l'on ne peut davantage se borner à la reconnaître *in abstracto* sans tenir compte de ses droits. Or, c'est un véritable droit pour les étrangers, droit naturel sans doute, mais tellement évident que les magistrats doivent l'accepter comme un axiome, d'être, quant à leur état et à leur capacité, jugés selon leurs lois nationales. Tous les hommes peuvent en principe exiger l'application à leurs personnes des lois particulièrement combinées en vue de leur développement physique et moral. M. Laurent estime que le statut personnel des étrangers doit être admis non par réciprocité, mais par analogie. Au point de vue philosophique, on ne saurait mieux dire. Le statut personnel des étrangers est, comme celui des Français dans le sang des indi-

vidus. Le statut personnel est la physionomie juridique des peuples (1).

II. — Il est cependant fort douteux que cette vérité ait été la préoccupation dominante du législateur. Il peut l'avoir entrevue; car elle doit nécessairement occuper une place dans toutes les méditations dont cette matière est l'objet; mais les travaux préparatoires prouvent bien qu'il a voulu avant tout s'assurer de la part des nations étrangères l'avantage de la réciprocité.

Le statut personnel des étrangers n'est ni formellement consacré ni formellement rejeté par le Code, et si l'on peut décider qu'il a été implicitement admis par le législateur, c'est précisément parce qu'il a proclamé le statut personnel des nationaux. L'intention qu'il a manifestée d'assurer, en pays étranger, l'application aux Français de leurs lois personnelles, suppose chez lui l'intention d'admettre réciproquement le statut personnel des étrangers, puisqu'elle constituait le seul moyen qu'il eût de rendre sa disposition efficace à l'égard des nationaux.

Par rapport aux autres souverainetés, en effet, le troisième paragraphe de l'art. 3 est évidemment sans force obligatoire. En tant que ce texte tendrait à donner un avantage aux Français, il n'aurait aucune raison d'être, car cet avantage ne peut être reconnu que par les autres nations. Le législateur Français n'avait aucune qualité pour leur intimer un ordre à

(1) Princ. de dr. civ. I, n° 83, p. 122. — Comp. Boullenois, Tr. des stat., préface, p. VIII et suiv.

cet égard. Si ce troisième paragraphe a été inséré dans le Code, c'est uniquement pour rappeler aux Français que dans l'hypothèse où leur statut personnel serait admis à l'étranger, ils ne pourraient pas s'y soustraire, du moins directement. A l'égard donc des sujets français, ce n'est pas le caractère avantageux du statut personnel, mais bien son caractère obligatoire qui est affirmé par l'art. 3.

Par rapport aux souverainetés étrangères, ce texte n'est utile que parce qu'il exprime le vœu du législateur Français, et implique, par suite, chez ce législateur, l'intention de faire ce qui est nécessaire à la réalisation de son vœu. Or, que désire le législateur français? C'est de voir les lois personnelles françaises suivre à l'étranger les sujets français. Et quel moyen a-t-il d'obtenir ce résultat? C'est d'accorder le même avantage aux étrangers (1).

III. — L'historique de la rédaction de l'art. 3 montre bien d'ailleurs que le statut personnel des étrangers a été admis au moins en principe. On y voit que les auteurs du projet étaient surtout dominés par le désir de ne pas trop s'engager envers les étrangers, et particulièrement de maintenir à leur égard l'application de toutes les lois qui pourraient intéresser l'ordre public. Et comme, d'un autre côté, ils ne furent pas amenés par la nature de leur travail à distinguer ces dernières dispositions des lois relatives à l'état et à la

(1) Aubry et Rau, I, p. 90, n° 23; *Dissertation*, par Mathieu-Bodet, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1846, III, p. 542.

capacité des personnes, il régna dans tout l'élaboration de l'art. 3, une certaine confusion sur le sens et la portée de ces diverses expressions. Nous voyons même que le tribun Faure, dans le discours qu'il prononça au Corps législatif, le 14 vent. an xi, a présenté le terme de *lois personnelles* comme une dénomination générique s'appliquant aussi bien aux lois de police et de sûreté qu'aux lois concernant l'état et la capacité des personnes. « Quant au statut personnel, disait-il, on distingue entre les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes, et celles qui concernent la police et la sûreté du pays » (1).

Quoi qu'il en soit, pris à la lettre, le projet du titre préliminaire semblait, par la disposition suivante, exclure le statut personnel des étrangers : « La loi oblige *indistinctement* ceux qui habitent le territoire ; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence ». Après ce texte en venait un autre qui proclamait, au contraire dans les termes suivants le statut personnel des Français : « Le Français, résidant en pays étranger, continue d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne... » Ces deux textes formaient les art. 4 et 5 (2).

Dans les observations qu'ils furent appelés à présenter sur ce projet, les tribunaux d'appel, par suite

(1) Fenet, t. 6, p. 386.

(2) Id. II, p. 6

du sens peu précis de ces termes, n'élevèrent pour la plupart aucune objection relativement aux lois personnelles des étrangers. Cependant un tribunal, celui de Grenoble, éprouva quelque scrupule à ce sujet, et crut devoir attirer l'attention du législateur sur la rédaction de l'art. 4 : « L'étranger, pendant sa résidence en France, est-il, demandait ce tribunal, soumis aux lois françaises *pour la capacité de sa personne? Le rapprochement des art. 4 et 5 de ce titre présente des doutes à cet égard; il serait convenable de s'expliquer d'une manière plus précise sur sa capacité ou incapacité de disposer de ses biens situés en France* (1). » Cette observation prouve déjà que relativement au statut personnel il existait dans l'esprit des jurisconsultes du temps une intime relation entre la condition des français et celle des étrangers, et que le fait qu'il serait admis sur ce point, suivant qu'il s'agirait des uns ou des autres, des solutions contradictoires, leur paraissait si peu logique, si arbitraire, qu'ils ne pouvaient le tenir pour certain en dehors d'une disposition expresse.

Lors de la première discussion au Conseil d'État, quand Portalis fit lecture de l'art. 4 primitif qui portait alors le numéro 3, ce texte était ainsi conçu : « La loi oblige *indistinctement* ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et *personnellement en tout ce qui intéresse la police pendant sa résidence* (2). »

(1) Fenet, III, p. 529.

(2) Id., VI, p. 15.

Ainsi modifié, cet article était loin d'avoir un sens aussi absolu que dans sa première rédaction. On peut même dire qu'il autorisait aussi bien que l'art. 3 actuel un argument *a contrario* en faveur du statut personnel des étrangers. Mais Tronchet critiqua cette formule comme trop générale, et fit observer que « *l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui régissent l'état des personnes.* » (1) Cette remarque entraîna la suppression du mot *indistinctement*. Enfin, lors de la communication officielle, le Tribunal trouva que la rédaction, même ainsi amendée, était vague et dangereuse. En conséquence, il proposa de restreindre la proposition aux lois de police et de sûreté, et, pour mieux en préciser la portée, d'en rapprocher les textes qui forment aujourd'hui les deux derniers paragraphes de l'art. 3, et qui figuraient alors au titre de la *jouissance des droits civils*,

Il est, en outre, un passage très-important, qu'on n'a pas assez remarqué dans le discours que Portalis prononça au Corps législatif dans la séance du 4 vent. an xi. Abordant l'art. 3 et parlant en premier lieu des lois de police, Portalis débute ainsi : « Toutes les lois, quoique émanées du même pouvoir, n'ont point le même caractère, *et ne sauraient conséquemment avoir la même étendue dans leur application, c'est-à-dire les mêmes effets*; il a donc fallu les distinguer. Il est des lois, par exemple, sans lesquelles un État ne pourrait subsister. Ces lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'État et qui veillent à sa sûreté.

1) Fenet, t. 6, p. 19.

Nous déclarons que des lois de cette importance obligent indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. *Il ne peut, à cet égard, exister aucune différence entre les citoyens et les étrangers* » (1). Ainsi Portalis établit des différences relativement à l'étendue de l'application des lois? Et à quel point de vue suppose-t-il que cette étendue varie? Elle varie, dans l'hypothèse prévue, suivant qu'elle comprend, oui ou non, aussi bien les étrangers que les Français. Quant aux lois de police, elles reçoivent à cet égard toute l'extension possible. Quelles sont donc les lois qui sont plus restreintes dans leur application? Ce ne sont pas les statuts réels : L'orateur va réclamer pour eux un empire absolu quant aux personnes qui possèdent des immeubles en France, quelles soient françaises ou étrangères. Les lois françaises, d'une portée moins considérable, celles qui ne sont pas applicables aux étrangers, ne peuvent être que les lois personnelles; car Portalis, à la différence du tribun Faure, les sépare des lois de police, et en fait l'objet d'un paragraphe spécial. Il est vrai que dans ce paragraphe il ne parle que du statut personnel des nationaux; n'importe, il il ne repousse pas non plus celui des étrangers, et, la distinction qu'il annonce deviendrait impossible si son silence ne devait pas s'interpréter contre l'application de la loi personnelle française aux étrangers et en faveur de l'admissibilité de leur statut personnel.

IV. — D'ailleurs, en ce qui concerne le statut person-

(1) Fenet, t. 6, p. 355.

nel des étrangers, il n'y a pas à distinguer entre les personnes physiques et les personnes morales. Les unes et les autres sont, à notre avis, suivies, quant à leur capacité, par leur législation nationale.

On objecte que les premières existent par elles-mêmes et indépendamment de la loi, tandis que les secondes ne sont que des fictions juridiques, et on conclut que la loi ne pouvant avoir d'empire hors du territoire soumis à la souveraineté dont elle émane, les personnes morales qui ne sont rien en dehors d'elle, n'ont aucune existence en pays étranger (1).

Cette distinction est-elle fondée? Nous ne le croyons pas. Il n'est jamais vrai de dire que la personne en qui réside la capacité juridique ou se réalisent les incapacités établies par le législateur, est un individu physique; la vérité est qu'elle peut correspondre à un être matériel, mais le sujet des droits et des obligations, envisagé dans sa capacité, dépend toujours plus ou moins de la conception arbitraire de la loi. La remarque suivante rendra ce point évident, l'individu qui change de nationalité, est toujours physiquement le même, et cependant sa personnalité morale peut être modifiée au point de vue de sa capacité.

Le rôle du statut personnel est de caractériser la personne civile de celui qui l'invoque. Le fait que l'être moral, appelé à faire valoir ses droits, ne correspond

(1) *Sic* Req: rej. 1^{er} août 1860 (Caisse Franco-Suisse c. Ramillon), S. 60, 1, 866; D. P. 60, 1, 444. Dans le même sens, Laurent, *Principes*, I, nos 306-311, p. 398-411.

pas à une personne physique, est donc indifférent (1).

Sans doute il arrivera plus souvent pour les personnes purement civiles que pour les autres que les juges devront, pour des motifs d'intérêt général, repousser leur statut personnel. Sans doute les tribunaux devront, par exemple, opposer aux établissements ecclésiastiques, quelle que soit sur ce point leur loi nationale, les limites que la législation française apporte à leur faculté d'acquérir (2). Mais ce n'est là que l'application d'un principe dont nous parlerons bientôt, et si, à l'égard des personnes morales étrangères, cette application est plus fréquente, ce n'est pas une raison pour leur refuser en thèse absolue le bénéfice du statut personnel.

V. — En Allemagne ces principes sont appliqués sans restriction même aux sociétés anonymes étrangères (3). En France, au contraire, ce point particulier est l'objet d'une controverse. L'existence légale des sociétés étrangères en commandite ou en nom collectif n'y a jamais été contestée (4). Les nécessités du commerce s'y opposaient. Et même, jusqu'en 1857, la jurisprudence a constamment étendu cette solution aux

(1) Sic la note 1-2 dans S. 60, 1, 866 ; Fœlix et Demangeat, t. 1, n° 31, p. 65. — Il est à remarquer qu'en Italie les personnes morales jouissent des droits civils par cela seul qu'elles sont légalement reconnues dans leur pays. Voir Pietro Esperson, n° 18, Jour. de dr. int. priv., 1879, p. 340.

(2) *Comp. Savigny*, VIII, § 365.

(3) Jour. de dr. inter. priv., 1878, p. 629.

(4) Vavasseur, Jour. de dr. inter. priv., 1875, p. 5 ; Lyon-Caen, Soc. étr., n° 8.

sociétés anonymes. Mais, depuis la loi du 30 mai de cette année, elle se prononce en sens inverse (1). Ce revirement se fonde sur la considération suivante. La loi précitée, après avoir reconnu la personnalité civile des sociétés anonymes et des autres sociétés industrielles, financières et commerciales, légalement constituées en Belgique, ajoute que le même avantage pourra être accordé, par décret rendu en conseil d'Etat, aux sociétés analogues des autres pays. La jurisprudence en a conclu que ce bénéfice est désormais implicitement refusé aux États pour lesquels un pareil décret ne serait pas intervenu. Cette conclusion est téméraire. D'abord, elle crée une exception aux principes généraux. Puis les circonstances dans lesquelles fut portée la loi du 30 mai 1857, s'opposent à une pareille interprétation. Jusqu'en 1849, les tribunaux Belges avaient à peu près constamment reconnu la personnalité civile des sociétés anonymes françaises (2). Mais, dans le courant de cette année, un arrêt solennel de la cour de cassation de Belgique renversa cette jurisprudence. Ce revi-

(1) Orléans, 10 mars 1861 (Caisse Franco-Suisse c. Blanchet); D. P. 60, 2, 126. — Id., 19 mai 1860, (Boucher c. Caisse Franco-Suisse) D. P. 60, 2, 127. — Req. rej. 1^{er} août 1860, (Dussard, c. Ramillon), D. P. 60, 1, 444 : S. 60, 1, 865. — Aix, 17 janv. 1861 (Beaumont, c. Soc. de Trieste). D. P. 61, 2, 177; S. 61, 2, 335 — Paris, 15 mai 1863, (Chem. de fer russe, c. Jourde et Trône), D. P. 63, 2, 84; S. 63, 2, 353 en note. — Civ. Cass. (Soc. St. Gaudens. — Intérêt de la loi), D. P. 63, 1, 218; S. 63, 1, 353.

(2) Trib. de Gand (Vandergucht); D. P. 47, 3, 68. — C. cass. Belg., 22 juillet 1847, (C^{ie} La France c. Tongre Hambursin); D. P. 47, 2, 171. — Mais, en sens contraire, Juge de paix de Mons, 25 nov. 1845, (Mathieu); D. P. 47, 3, 68.

rement occasionna aux sociétés françaises d'immenses embarras. En conséquence, des négociations diplomatiques furent ouvertes, et, le 14 mars 1855, le gouvernement belge promulgua une loi dont l'art. 1^{er} consacrait, sous la condition de la réciprocité, la personnalité civile des sociétés anonymes françaises. Quant au gouvernement français, pensant que la Belgique trouverait dans la jurisprudence notoire de nos tribunaux la preuve de la réciprocité qu'elle stipulait, il considérait la difficulté comme disparue, lorsqu'il apprit que les tribunaux belges n'estimaient pas la garantie suffisante, et exigeaient que la réciprocité fût assurée législativement. C'est alors que fut proposée la loi du 30 mai 1857. Dans son art. 1^{er}, cette loi donne satisfaction aux réclamations de la Belgique, et dans son art. 2, dispose qu'un décret rendu en conseil d'Etat pourra étendre aux autres pays le bénéfice de l'article 1^{er}.

Est-ce à dire qu'on puisse en induire avec la jurisprudence que la personnalité civile est désormais refusée aux sociétés anonymes étrangères non reconnues dans les termes de l'art. 2 ? Nous ne le pensons pas. Le projet, lisons-nous dans l'exposé des motifs, « met d'abord hors de cause les associations *qui ne seraient pas légalement établies dans leur pays*. C'est à la fois un hommage à ce pays et une garantie pour le nôtre. *Ces associations ne pourront pas opérer en France, et l'accès de nos tribunaux leur sera interdit.* » Il y a donc une différence entre les sociétés légalement constituées dans leur pays et celles qui ne le sont pas ! Mais en quoi la condition des premières serait-elle plus favorable si, en principe, elles ne pouvaient, en

dehors d'un décret, exercer leurs droits en France et y ester en justice? Et plus loin : « Ces associations, d'ailleurs, ne pourront exercer leurs droits et ester en justice en France, *même après le décret* qui aura étendu à leur pays respectif le bénéfice de l'art. 1 du projet, qu'en se conformant aux lois françaises... (1) » Cela ne suppose-t-il pas qu'elles jouissent de la personnalité civile même avant l'obtention du décret? Et quel est, selon le rapporteur, M. Bertrand (de l'Yonne), le but de la loi? C'est « d'assurer d'une manière *légale*, et par conséquent *plus positive* aux sociétés anonymes étrangères cherchant à étendre leurs relations sur le territoire français, le droit d'ester en justice, dont elles ont joui néanmoins de tout temps, grâce à la tolérance du gouvernement français et à la *jurisprudence constante de nos tribunaux* (2) ». Il ressort de ces explications que le législateur a uniquement voulu qu'on pût au besoin, par de plus amples garanties, faire cesser la défiance des États étrangers, et même qu'en rendant un décret en dehors de toute condition de réciprocité, on pût provoquer de la part des autres puissances des revirements favorable à nos sociétés anonymes. Mais cela ne revient point à refuser en principe aux sociétés étrangères de cette nature la personnalité civile (3)!

(1) D. P., 57, 4, 76. 2^e colonne, n° 7.

(2) D. P., loc. cit., 3^e col., n° 9.

(3) Alauzet, Comm. sur le code de comm., I, n°s 631 et 636; Motifs à l'appui du pourvoi en cass. contre l'arrêt d'Orléans du 17 mai 1860, S. 60, 1, 868.

VI.— Si le législateur s'est abstenu de consacrer par un texte exprès le statut personnel des étrangers, c'est afin de laisser au juge toute latitude d'appréciation quant au point de savoir s'il n'y aurait pas, vu les circonstances de la cause, de danger à appliquer la loi étrangère. Il en résulte que la question examinée par les magistrats, est presque toujours en pratique une question de fait, et que, par suite, sa solution échappe au contrôle de la cour de cassation.

Mais si, par extraordinaire, une décision judiciaire examinait en thèse le point de savoir si l'étranger est suivi en France par son statut personnel, et le résolvait négativement, nous pensons qu'elle pourrait être censurée par la cour suprême. Tel était précisément le cas d'un arrêt de la cour de Paris du 15 mars 1831. Dans l'espèce, une femme espagnole excipait de l'incapacité dont la frappait sa loi nationale, pour demander la nullité d'une obligation qu'elle avait souscrite solidairement avec son mari. La cour de Paris a pensé : « *Qu'en thèse générale, soit en matière personnelle, soit en matière réelle, les contrats et obligations passés en France, et dont on a le droit de poursuivre l'exécution devant les tribunaux français, ne peuvent être appréciés et jugés que d'après la législation qui est propre à la France.* » C'est à tort que la cour de cassation a, par son arrêt du 17 juillet 1833, rejeté le pourvoi formé contre cette décision (1). Le législateur a sans doute entendu que les tribunaux pussent apprécier l'opportunité de l'admission du statut personnel

(1) S. 1833, 1, 664.

étranger ; mais à ces yeux cette liberté d'appréciation ne pouvait porter que sur les faits ; il n'a point voulu communiquer aux magistrats le pouvoir de faire la loi ; ni surtout leur laisser la faculté de la varier à volonté (1).

On doit, nous semble-t-il, en arriver à cette conclusion si l'on reconnaît que le législateur a implicitement admis le statut personnel des étrangers. La circonstance que sa volonté sur ce point n'est pas expressément formulée, et qu'elle résulte simplement par voie de conséquence du contexte de l'art. 3, est absolument indifférente, du moment que la conséquence est logique, nécessaire, certaine. En effet, d'après l'opinion aujourd'hui généralement reçue, la fausse interprétation de la loi et la violation de principes implicitement posés par le législateur, tombent sous la censure de la cour de cassation (2).

Expresse ou non, la sanction législative a dû forcément avoir pour effet de donner une valeur juridique au principe du statut personnel des étrangers. La situation n'est plus la même que dans l'ancien droit. Autrefois, le statut personnel procédait uniquement d'un fait, d'une tolérance. Aujourd'hui, le statut personnel doit sans doute céder à toutes les considérations pratiques auxquelles les tribunaux croiront devoir déférer, et dans cette latitude absolue d'appréciation se retrouve un souvenir du passé, une trace de la

(1) Comp. Demangeat, *Rev. prat.*, t 1^{er}, p. 50.

(2) Dalloz, *Rép. Alph.*, V^e *Cassation*, nos 1364 et 1366, et les autorités citées.

défaveur qui entourait jadis le statut personnel; mais, en droit, un changement considérable s'est opéré : l'existence juridique de ce statut est expressément affirmée quant aux nationaux, et implicitement à l'égard des étrangers. A ce double point de vue, la législation actuelle diffère de l'ancienne. Elle renferme deux principes également nouveaux en droit et qui, pas plus l'un que l'autre, ne peuvent être méconnus. Cependant la cour suprême s'est constamment prononcée contre cette solution. Sa doctrine peut se résumer en ces termes que nous empruntons à une de ses plus récentes décisions : « La cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'a pas la mission de redresser la fausse application de la législation étrangère.

« Les arrêts de cours d'appel ne peuvent pas, par conséquent, être cassés pour violation d'une loi étrangère, à moins que cette violation ne devienne la source d'une contravention expresse à la loi française » (1).

(1) Req. rej., 23 fév. 1874 (C^{ie} des Messag. marit. c. C^{ie} univ. du can. marit. de Suez); S. 74, I, 145; J. P. 74, 369. — *Adde*, pour avoir sur la question le tableau des derniers arrêts : Req. rej., 15 avr. 1861 (Seitz c. Friederich); D. P. 61, I, 421; S. 61, I, 721. — Civ. rej. 15 juin 1863 (Hibon c. V^e de Brancas et consorts) D. P. 63, I, 313. — Req. rej. 25 mai 1868 (De Civry c. de Brunswick); S. 68, I, 365; J. P. 68, 393. — Req. rej. 9 nov. 1868 (Plubel c. Campa et autres); S. 69, I, 122; J. P. 69, 284. — Req. rej. 4 juin 1872 (Fitz-Gérald c. Evans); S. 72, I, 160; J. P. 72, 381. — Req. rej. 12 nov. 1872 (The imperial land company of Marseille c. Chauvassaigne); S. 73, I, 17; J. P. 73, 25; D. P. 74, I, 168. — Req. rej. 31 mars 1875 (Chem. de fer Lyon-Médit. et H^{ie} Italie c. Routin et Rouchon); signalé dans le Jour. de dr. inter. priv., 1876, p. 272. — Civ. cass., 18 juillet 1876 (Wyse c. Sancy et dame Ronalds);

Cette doctrine nous paraît inacceptable en ce qu'elle suppose qu'il est possible de méconnaître en principe le statut personnel des étrangers sans violer toujours et nécessairement l'art. 3, qui, de l'avis même de la cour de cassation, admet et affirme l'existence de ce statut (1).

D. P. 76, I, 497; S. 76, I, 451; J. P. 76, 1154. — *Sic* Aubry et Rau, I, p. 99; Brocher, n° 59, p. 183; Laurent, Dr. civ. inter., II, n° 273-283, p. 498-513. — La cour suprême a tout récemment fait une intéressante application de son principe en décidant que l'infraction à la loi belge, résultant de ce qu'un arrêt aurait validé un testament fait en Belgique en contravention aux prescriptions sur la dictée et la signature des testaments, peut donner ouverture à cassation, une pareille infraction ayant pour conséquence la violation de l'art. 999, c. civ. français, aux termes duquel les testaments faits à l'étranger doivent être passés avec les formalités prescrites dans le pays. Civ. rej., 12 févr. 1879 (Duhamel c. Frélier et autres); S. 79, I, 121; J. P. 79, 281; D. P. 79, I, 58.

(1) Aux termes, par exemple, de son arrêt du 28 février 1860, (Bul-kley c. Defresne) et *par application de l'art. 3*, les lois personnelles « qui régissent l'état et la capacité des personnes suivent les Français même résidant en pays étranger, et suivent également en France l'étranger qui y réside. » La cour suprême ne formule sans doute ce principe qu'incidemment, et ne l'a jamais énoncé que de la sorte, mais on ne saurait s'exprimer d'une façon plus catégorique. Or si, à ses yeux, le principe est certain, il serait étrange que les cours d'appel pussent impunément le méconnaître.

— Deux questions analogues, mais, il est vrai, un peu plus délicates, se posent à l'égard des arrêts qui auraient nié en principe l'applicabilité de la *lex domicilii* aux successions mobilières des étrangers, ou qui auraient, encore en principe, rejeté la règle *locus regit actum*.

En ce qui concerne la première de ces hypothèses, on ne peut sans doute, comme dans le cas où la décision a repoussé le statut personnel d'un étranger, s'appuyer sur un argument d'analogie. On raisonne, ce qui est moins concluant, par *a contrario*. Cependant, du moment que le silence du législateur de 1804 ne peut s'expliquer que par le maintien de la vieille doctrine, du moment que la cour de cassation se réfère elle-même à « l'ancienne règle, toujours existante, » témoin l'arrêt du 22

VII. — Il est unanimement admis en doctrine et en jurisprudence que le statut personnel étranger devrait être écarté s'il était de nature à compromettre des intérêts français d'ordre public (1). Mais ici, comme

mars 1865 (Civ. cass., Mawrocordato et Rosetti c. Ghyka) et qu'ainsi l'argument *a contrario* acquiert de son rapprochement avec un argument décisif une force irrésistible, il faut, à notre avis, résoudre cette difficulté comme la précédente. — *Contra* Aubry et Rau, I, § 31, p. 104, texte et note 58.

Il en serait encore de même pour les décisions qui méconnaîtraient en principe la règle *locus regit actum*. Cette règle est passée dans le Code. Les art. 47, 170 et 999 en font foi. Quelle est, au surplus, à cet égard, l'opinion de la cour de cassation? « Attendu, en droit, dit-elle dans l'arrêt du 18 avril 1865, qu'en ce qui touche la forme des actes passés en pays étranger, la maxime *locus regit actum*, de tout temps admise par l'ancienne législation, est formellement consacrée par le code Napoléon, qui l'applique notamment aux actes de l'état civil et aux testaments. » Req. rej. (Stiepcwitch et autres c. Alléon), D. P. 65, I, 342; S. 65, I, 317; J. P. 65, 770.

Puisque la cour régulatrice tient ce point pour constant, elle ne peut, elle qui se déclare « instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence » admettre que les cours inférieures puissent le considérer à leur gré tantôt comme incontestable, et tantôt comme non fondé!

Nous le répétons : On conçoit que le législateur ait attribué pleine latitude aux juges pour écarter les principes devant des considérations de fait, mais c'eût été une véritable défection de sa part, une réelle abdication de sa mission et de sa dignité que de leur laisser la faculté de soutenir indifféremment des systèmes opposés et contradictoires.

(1) Dans son arrêt du 13 fév. 1872, la C. de Paris a très bien fait ressortir le caractère absolu de ce principe en décidant que les dispositions françaises d'ordre public doivent toujours l'emporter sur le statut personnel étranger, *alors même que ce statut aurait pourvu aux mêmes intérêts par d'autres moyens*. Voici un important passage de cette décision : « Considérant, sur ce point, que les conditions de l'ordre public en France dépendent uniquement des règles souveraines de la loi française; — *Que les tribunaux ne sauraient chercher d'équivalent à*

toutes les fois qu'ils se présentent, les mots *ordre public* sont pris par les divers auteurs dans des sens différents. M. Laurent s'est efforcé d'en préciser la portée. Il fait d'abord remarquer, et son observation est incontestablement fondée, qu'en matière de statuts, ces mots ont nécessairement une portée restreinte. Toutes les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes, sont, à un certain point de vue, des lois d'ordre public ; par conséquent, si le statut personnel étranger ne pouvait l'emporter sur les lois d'ordre public françaises ainsi définies, il ne trouverait jamais d'application. Quel est donc le sens des mots *ordre public* en matière de statuts ? M. Laurent les applique aux lois qui intéressent le droit public et les bonnes mœurs (1). Il est certain que pour être admis par les juges français, le statut personnel étranger ne doit pas être contraire à de pareilles dispositions. Mais la formule de M. Laurent n'est-elle pas trop étroite ? N'y a-t-il pas d'autres lois françaises qui, pour des raisons d'ordre public, doivent être préférées au statut personnel étranger ? A vrai dire, il nous paraît impossible de donner une définition satisfaisante. La question est abandonnée à l'appréciation des magistrats. Solution dangereuse, dira-t-on. Nous en convenons, mais

la sagesse de ces règles dans les dispositions du droit étranger ; Qu'une prohibition d'ordre public, clairement exprimée par nos lois, exclut d'une manière absolue tout ce qui tend pour quelque cause que ce soit, à l'enfreindre ; » etc... (Mairie du 8^e arr. de Paris, C. Mayer.) D. P. 1873, 2, 160.

(1) Principes, t. 1^{er}, p. 124 et 132, et Dr. civ. inter., II, n^o 191, p. 350.

nous la croyons en harmonie avec l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'art. 3. Le législateur n'a pas expressément consacré le statut personnel des étrangers, non qu'il le niât, mais parce qu'il voulait sauvegarder avec un soin jaloux tous les intérêts français d'ordre public qu'il importait de protéger, et assurer aux magistrats toute la latitude nécessaire pour les constater utilement à mesure qu'ils se présenteraient en pratique. Le vœu du législateur est que les tribunaux aient égard non pas seulement au caractère des lois françaises, mais encore aux circonstances spéciales et éminemment variables des espèces sur lesquelles il sont appelés à statuer. Il faut donc aller jusqu'à dire que l'esprit de la loi s'oppose à ce que l'on procède ici par définition. En un mot, si la solution que nous proposons, entraîne un danger, le principe de ce danger est dans le système du Code.

VIII. — L'étude du conflit des lois personnelles étrangères et des lois françaises d'ordre public a amené les auteurs à examiner les questions suivantes : L'étranger, divorcé en pays étranger, peut-il se remarier en France ? L'étranger qui, conformément à sa loi nationale, a recherché et établi dans son pays sa filiation naturelle, peut-il se prévaloir utilement devant les tribunaux français de l'état qui lui a été ainsi judiciairement attribué ? L'étranger, sujet d'une nation où la polygamie est admise, peut-il invoquer devant des juges français les rapports de famille résultant pour lui de mariages contractés du vivant de son premier conjoint ?

Qu'on le remarque bien : nous ne demandons pas si

l'étranger peut divorcer en France, ou y rechercher son père, ou y devenir polygame. La négative serait incontestable, puisqu'il s'agirait d'appliquer des dispositions étrangères contraires à des lois françaises qui, évidemment, dans l'esprit du législateur, intéressent la morale publique (1). Il ne s'agit donc pas pour nos officiers publics ou pour nos tribunaux de modifier l'état de l'étranger dans le sens de sa loi personnelle. Cette loi a été appliquée dans le pays de l'étranger, ou, plus généralement, dans un pays où elle était l'émanation, l'expression de la souveraineté locale. Nul doute que cette application ne soit à l'abri et au-dessus des critiques des souverainetés étrangères. La question véritable est donc celle-ci : étant donné un fait juridique qui échappe essentiellement à leur appréciation, les tribunaux français peuvent-ils en méconnaître les conséquences naturelles ? Nous répondons négativement, car méconnaître les conséquences de ce fait ne se pourrait sans une désapprobation au moins implicite, mais évidente du fait lui-même. Pour que les magistrats pussent écarter légitimement ces conséquences, il faudrait qu'elles fussent en elles-mêmes contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Un étranger, légalement divorcé à l'étranger, pourra donc valablement se remarier en France, puisque sa première union est régulièrement dissoute. Il se présente dégagé de tout lien conjugal ; le fait du divorce est accompli ; on ne demande point à la souveraineté

(1) *Sic* en ce qui concerne la recherche de la paternité, Paris 2 août 1866 (de Civry c. duc de Brunswick.) D. P. 67, 2, 41 ; S. 66, 2, 342 ; J. P. 66, 1245.

française d'y apporter son concours; on lui demande simplement de ne pas contrôler au point de vue de ses notions individuelles et, par conséquent, relatives de morale et d'ordre public, un fait qui a été valablement accompli sous l'empire de lois étrangères et sous l'influence d'idées différentes (1).

De même, bien que la recherche de la paternité soit interdite en France, les juges français devraient recon-

(1) Sic Merlin, Questions, vo Divorce, § 43; Demol., t. I, n° 101, p. 111; Laur., Princ. de dr. civ., t. I, n° 93, p. 138; Pasq. Fiore, Dr. int. pr., p. 133 et s.; Regnault, De la capac. en France au point de vue des étr. divorcés, Rev. prat., t. XLV, 1879, p. 42; Albert Verger, Princ. de dr. int. et du dr. civ. concernant les mar. contractés en pays étr. même rev., XLVI, 1879, p. 431. — *Contra* Aubry et Rau, t. v, § 469, p. 129, texte et note 8; Demangeat, sur Foelix, t. I, p. 68, note a; Id., Rev. prat., t. I, 1856, p. 57; Mailher de Chassat, Des statuts, n° 127. — La cour suprême a statué à deux reprises sur cette difficulté, et elle s'est chaque fois prononcée pour la validité du second mariage : Civ. cass., 28 fév., 1860 (Bulkley c. Defresne); D. P. 60, 1, 57; S. 60, 1, 40; J. P. 60, 338. Voir dans ces recueils les remarquables conclusions données dans le même sens devant la ch. des req., par M. le proc. gén. Dupin, et l'excellent rapport de M. le conseiller Sévin. — Civ. cass. 1^{er} juill. 1878 (Plaquet c. maire de Lille); D. P. 78, 1, 340; S. 78, 1, 320; J. P. 78, 789. L'espèce au sujet de laquelle a été rendue cette décision avait ceci de particulier que le premier mariage avait été contracté avec une Française, et qu'il en était de même du second. La cour de cass. a très-bien pensé que cette double circonstance ne pouvait motiver en droit une solution différente. En outre, — et cette coïncidence non visée par la cour suprême paraît avoir vivement impressionné le tribunal et la cour d'appel, — l'officier de l'état civil qui avait célébré la première union était appelé à célébrer la seconde dans la ville même où vivait le premier conjoint de l'époux divorcé. On peut donc estimer que le jugement du tribunal civil de Lille, en date du 18 août 1876, et que l'arrêt de la cour de Douai, du 8 janv. 1877, cassé par l'arrêt précité, ne sont que des décisions d'espèce.

naître l'obligation alimentaire résultant de rapports de paternité et de filiation judiciairement constatés à l'étranger (1).

De même encore ils devraient admettre les liens de famille, soit de parenté soit d'alliance, qui découleraient de mariages polygamiques légalement contractés par des étrangers en pays étranger, et sanctionner les diverses obligations créées par ces unions simultanées.

IX. — Le statut personnel étranger cesse encore d'être applicable quand il léserait un intérêt français privé qui mérite une protection particulière. Mais, ici, le rejet de la loi étrangère est tout à fait exceptionnel. M. Valette a cependant enseigné que le seul fait qu'un Français aurait intérêt à ce que le rejet fût prononcé, serait suffisant (2). Mais ce système est inadmissible. De l'avis général, l'application des lois personnelles étrangères découle d'une idée favorable aux étrangers. Certains auteurs vont même jusqu'à dire qu'elle est la consécration d'un droit qui existerait à leur profit. Or, dans l'opinion soutenue par M. Valette, elle ne serait possible que lorsque les étrangers n'auraient rien à y gagner, ou même auraient à y perdre. Un exemple va le prouver. Un mineur étranger, dont la loi nationale fixe à 25 ans l'âge de la majorité, veut faire annuler en France un contrat qu'à l'âge de

(1) Cette distinction est très-judicieusement faite par l'arrêt précité de la cour de Paris, en date du 2 août 1866.

(2) Valette sur Proudhon, I, p. 85.

21 ans révolus, il a passé avec un Français. Suivant M. Valette, les jugesdevront s'y refuser par le motif que lorsque l'étranger a contracté, il était majeur d'après la loi française. Prenons l'hypothèse inverse : au moment du contrat, l'étranger était majeur d'après sa loi personnelle et mineur d'après la loi française ; pourra-t-il invoquer la disposition de cette dernière loi ? Non, parce que le Français avec qui il a contracté, n'y a pas intérêt, et même qu'il a intérêt à ce que l'on maintienne le statut étranger. Singulière théorie, et qui bouleverse absolument les idées que l'on s'est toujours faites sur le motif de l'admission des lois personnelles étrangères ! Un système qui méconnaît si facilement le statut personnel des étrangers, ne peut partir de cette idée que les étrangers ont un droit à son application. Il ne peut se fonder davantage sur une courtoisie qui consisterait à ne respecter le statut personnel des étrangers que lorsqu'ils n'y auraient aucun intérêt. L'un comme l'autre serait dérisoire. Qu'on refuse plutôt absolument aux étrangers de leur appliquer leurs lois personnelles. Il n'y perdront jamais. Souvent ils y gagneront. Ainsi, le système précédent, connu sous le nom de *système de l'intérêt français* repose sur des considérations mesquines et étroites, et méconnaît le fondement philosophique de la théorie des statuts.

X. — Il est cependant des cas exceptionnels où le Français qui a contracté en France avec un étranger, mérite une protection particulière. C'est lorsqu'il a pu sans imprudence ni négligence ignorer que la per-

sonne avec laquelle il traitait avait qualité d'étranger, ou passer outre malgré cette qualité.

Si, par exemple, un étranger réside en France depuis un temps considérable, si rien ne le distingue en apparence des Français, si tout, au contraire, favorise sur ce point une confusion, il est bien naturel que les personnes qui contractent avec lui se méprennent sur sa nationalité (1). Le système de l'intérêt français, ainsi restreint dans ses applications, devient une question d'ordre public. L'ordre public ne commande-t-il pas, en effet, que l'on prévienne ou que l'on déjoue les pièges dans lesquels la fraude ou le silence des étrangers pourrait faire tomber les contractants français ? Si l'étranger, établi en France, qui passe et qui doit comprendre qu'il passe pour Français, veut, renverser les apparences et se prévaloir de sa nationalité, n'est-ce pas à lui de déclarer cette intention au moment où il contracte ? S'il s'en abstient, ne peut-on voir dans son silence sinon une fraude proprement dite, du moins une faute lourde ? Pourquoi, en général, l'étranger peut-il opposer à ses cocontractants français sa loi personnelle ? Ce n'est point parce que cette loi est *a priori* réputée connue en France, mais bien parce que, par extraordinaire et spécialement pour le contrat dont il s'agit, les contractants français ont dû raisonnablement songer à s'enquérir des dispositions de cette loi, et qu'ils ont pu se renseigner à cet égard. Or, dans le cas prévu, cette cause de l'application du statut personnel fait défaut. Au surplus, cette décision

(1) Aubry et Rau, I, p. 94.

n'a rien qui puisse entraver les relations internationales, ni éveiller les susceptibilités des souverains étrangers, quelque délicates qu'elles soient. Elle tend même à entretenir dans les rapports d'affaires une franchise et une loyauté auxquelles toutes les nations ne peuvent que gagner.

Plusieurs auteurs sont encore d'avis que les Français méritent une protection extraordinaire quand les contrats qu'ils passent avec des personnes dont ils connaissent l'extranéité, ont pour objet les choses essentielles à l'existence, comme la nourriture ou le logement. Toutes les nations doivent, en effet, désirer que les individus qui s'absentent de leur patrie, ne soient pas exposés à manquer de ces premières ressources ; et le seul moyen de l'empêcher, c'est que les personnes qui les fournissent aux étrangers, aient la certitude de voir leurs créances admises au moins par les tribunaux de leurs pays (1).

Cette décision peut se justifier d'une façon beaucoup plus saisissante. La garantie accordée au contractant français est un moyen d'obtenir un résultat d'intérêt public. L'État français doit, en vue de sa propre conservation, empêcher que la misère ne se développe sur son territoire, les victimes immédiates de la misère fussent-elle des étrangers.

M. Laurent objecte que le même statut ne peut être tantôt personnel et tantôt réel (2). Sans doute ; mais les précédentes solutions supposent-elles que la nature

(1) Aubry et Rau, I, p. 95, note 32. Demol., I, n° 102, p. 115.

(2) I. p. 123, n° 84.

du statut varie de la sorte ? Les lois sur la capacité de l'étranger sont toujours considérées comme rentrant dans le statut personnel ; mais l'application du statut est, par exception, repoussée dans des cas où l'intérêt privé des contractants français confine à l'intérêt public.

§ III. — *De la circonstance qui détermine
le statut personnel.*

I. — Le statut personnel est, nous le savons, l'expression de la nationalité. Si on lui attribuait une autre signification, il n'y aurait plus, dans l'état actuel de notre législation, de raison pour le considérer comme inhérent à la personne. Il s'est rencontré cependant quelques auteurs pour soutenir qu'il dépendait du domicile. Mais cette théorie est le résultat d'une confusion. Ces auteurs n'ont pas tenu compte du grand changement qu'a opéré en France l'abrogation des coutumes locales. Ils ont appliqué au nouvel ordre de choses un principe qui n'était vrai que de l'ancien. Autrefois, le domicile était pris en considération parce qu'il correspondait à une loi particulière qui était rigoureusement conçue en vue des caractères propres et distinctifs des habitants de telle province, ou plutôt qui s'était naturellement dégagée en pratique de leurs mœurs et de leurs usages. La loi du domicile était donc une expression de la personnalité beaucoup plus exacte, beaucoup plus minutieuse que la loi géné-

m

rale (1). Aujourd'hui, toutes les fois que les Français sont domiciliés à l'étranger, ou que les étrangers sont domiciliés en France, c'est-à-dire toutes les fois qu'il y a, à notre point de vue, intérêt à distinguer leur domicile de leur nationalité, c'est précisément le contraire qui se produit : ils sont domiciliés hors de leurs pays, c'est-à-dire chez un peuple dont ils diffèrent même en ce qui concerne les caractères généraux. Par suite, la législation de ce peuple doit s'adapter beaucoup moins bien à leur personnalité que leur législation nationale.

Le système qui fait dépendre le statut personnel du domicile, s'explique pour les pays où a persisté, dans l'ordre législatif, un morcellement analogue à celui de l'ancienne France. Aussi, ne peut-on critiquer l'opinion enseignée à cet égard par de Savigny. Merlin, qui écrivait au lendemain de la promulgation du Code, et qui était imbu des principes de l'ancienne législation, est excusable de n'avoir pas évité la confusion (2). Mais il semble étonnant que M. Demangeat ait repris sa thèse, et qu'il ait espéré l'appuyer d'arguments em-

(1) Cela ressort bien de ces paroles du P^{dent} Hénault, rapportées par Boullenois : « Les coutumes se sont introduites suivant la nature de chaque pays et les mœurs de ses habitants. On ne vit pas à Dunkerque comme à Toulouse, à Marseille comme à Paris, en Normandie comme à Saint-Malo... » (I, préf. p. xii.) Comp. ce que Boullenois dit lui-même (p. viii), sur la nécessité que les lois varient avec les « différentes affections du cœur et de l'esprit. » Ses développements reviennent à ceci : la loi reflète d'autant plus fidèlement les côtés caractéristiques d'une collectivité de personnes qu'elle s'applique à un territoire plus restreint.

(2) Laurent, I, n° 87, p. 127.

pruntés au code civil (1). Néanmoins l'autorité qui s'attache à tous les avis de ce jurisconsulte, mérite qu'on lui oppose une réfutation.

II. — L'art. 3, dans son troisième alinéa, dispose que les lois concernant l'état et la capacité des personnes suivent les Français à l'étranger. Que faut-il donc pour être sous le coup de cet article ? Etre Français. Suffit-il d'être domicilié en France ? Non, il faut être Français : le texte l'exige. Mais ne faut-il pas à cette condition de nationalité française joindre celle d'un domicile en France ? Non, la qualité de Français est seule requise. Elle est essentielle, mais suffisante. Quant à l'acquisition d'un domicile en France, elle n'est ni obligatoire, ni profitable : elle est indifférente. L'art. 3, qui consacre le statut personnel, en révèle donc aussi le véritable caractère.

M. Demangeat objecte que le troisième alinéa de cet article contredit lui-même ce système. Que décide-t-il ? Que le Français est suivi, quant à son état et à sa capacité, par sa loi nationale, lorsqu'il est *résidant* à l'étranger. Mais rien ne prouve qu'il en serait de même s'il y était domicilié. Bien plus ! ne sommes nous pas en droit de puiser dans ce texte un argument *a contrario*, et de conclure que les deux situations ne sont pas régies par le même principe, autrement dit que le domicile, à la différence de la résidence, exclut l'application de la loi française (2) ?

(1) Rev. prat. I, (1856), p. 65.

(2) Loc. cit.

Ce raisonnement attache une importance considérable à l'usage probablement irréfléchi que le législateur a fait du mot *résidant*. Mais, en supposant qu'il ait pesé cette expression, n'avait-il pas des raisons pour la maintenir? On a déjà fait remarquer, avec beaucoup de vérité, qu'ordinairement les Français qui sont à l'étranger conservent leur domicile en France (1). Ajoutons que le législateur ne pouvait pas considérer comme tranchée *a priori* la question de savoir si le Français aurait la faculté d'acquérir un domicile en pays étranger; il n'avait même pas à examiner la question.

M. Demangeat objecte encore que l'art. 13 paraît bien assimiler aux Français l'étranger qui est légalement domicilié en France. Ce raisonnement repose sur une confusion. Ce texte porte que l'étranger qui a fixé son domicile en France avec l'autorisation du gouvernement est admis, comme le Français, à jouir des droits civils dans la mesure de sa capacité; mais il ne décide pas que cette capacité doive, comme celle du Français, être déterminée par la loi française (2),

M. Demangeat puise une dernière objection dans ce fait qu'en sollicitant du gouvernement l'autorisation de s'établir en France (3), l'étranger manifeste l'intention de se soumettre à la loi française (4). Cela peut être vrai

(1) Laurent, I, p. 128.

(2) Op. cit., p. 66.

(3) Sic Aubry et Rau, I, § 31, p. 91, note 24; Laurent, loc. cit.

(4) Loc. cit., M. Demangeat a encore exposé son système dans l'Hist. de la cond. civ. des étr., p. 414, et sur Fœlix, 4^e édit. p. 58 et 105. Dans le même sens, Barilliet, Conflits de la loi franc., I, 42.

à certains égards, mais rien dans cet acte n'implique l'intention de changer de statut personnel. Au surplus, cette volonté, serait-elle certaine, n'aurait aucune valeur. L'étranger lui-même ne peut pas abdiquer directement sa loi personnelle.

L'état et la capacité des personnes sont donc gouvernés par leur loi nationale. Il ne peut en être différemment que lorsqu'un individu est légalement sans patrie; mais alors, comme le fait très-judicieusement observer M. Laurent, il n'est pas question de statut personnel (1).

§ IV. — *Des conflits de statuts personnels.*

Jusqu'ici nous n'avons vu la loi personnelle en rivalité qu'avec la loi réelle ou les règles d'ordre public. Le conflit peut encore s'élever entre statuts personnels de pays différents.

Cela se produira tantôt comme conséquence du débat qui portera sur la nationalité d'une personne, tantôt à l'occasion des rapports de famille existant entre personnes n'ayant pas la même nationalité.

Nous grouperons sous chacune de ces idées générales plusieurs hypothèses particulières.

A. — La nationalité d'une personne pourra être douteuse, et, par suite, il pourra y avoir collision entre lois personnelles dans le cas prévu par l'art. 10 c. civ.

(1) I, p. 129.

Un enfant naît en Angleterre ; aux termes du texte précité, il sera Français ; d'après la législation anglaise, il sera Anglais.

Anciennement, la disposition de l'art. 12 pouvait occasionner un débat analogue. Par application de cet article, l'Anglaise qui épouse un Français, devient Française ; or, avant que la loi 7 et 8 vict., chap. 66 vint, en 1844, modifier sur ce point la loi commune (1), elle ne perdait pas aux yeux de la législation anglaise, sa patrie d'origine.

Ainsi, voilà deux cas où la même personne est exposée, suivant que son état et sa capacité seront appréciés par les magistrats de tel ou de tel pays, à se voir attribuer un statut personnel différent. Nous partageons sans réserve l'avis de M. Laurent quand il dit que ces difficultés ne peuvent être vidées que par des traités internationaux (2).

L'hypothèse inverse peut se présenter. On peut être légalement sans patrie et sans statut personnel. M. Laurent en cite un exemple : Le Français qui s'établit en Belgique sans esprit de retour, cesse d'être Français, et ne devient pas Belge (3). Jusqu'en 1844 une situation analogue pouvait se présenter dans le cas de l'art. 19 c. civ. La Française qui devenait femme d'un Anglais

(1) L'art. 10 de la loi de 1844 est ainsi conçu : « La femme mariée est considérée comme appartenant à la nationalité de son mari. » Cette règle a été confirmée d'une manière plus précise encore par la loi du 12 mai 1870. (33 Vict. ch. 14).

(2) Principes de droit civil, t. 1^{er}, n° 86, p. 126.

(3) Loc. cit.

était sous le coup de ce texte, d'après lequel la Française qui épouse un étranger, suit la condition de son mari. Or le législateur anglais n'admettait point que cette femme, par le simple fait de son mariage, devint Anglaise. Si le problème s'était posé devant les juges français, auraient-ils pu le résoudre à l'aide des principes? M. Demangeat estime qu'ils auraient dû la considérer comme Anglaise, et apprécier son état et sa capacité suivant le statut anglais. Pour lui, c'est la conséquence naturelle de l'art. 19 c. civ. (1). M. Laurent repousse cette solution. Le législateur français peut sans doute enlever la nationalité française, mais non faire acquérir une nouvelle patrie.

Quel était donc le statut personnel de la Française qui se mariait avec un Anglais? Ou, plus généralement, quel est celui du Français qui perd sa nationalité sans en acquérir une nouvelle? A proprement parler, il n'en a pas, le statut personnel supposant une nationalité, et cet individu n'en ayant légalement aucune. Cependant, comme les tribunaux doivent nécessairement lui assigner un état et une capacité, force leur est de se référer à la loi du lieu de la résidence. Sur ce point, nous croyons devoir nous rallier encore à l'avis du savant professeur de Gand (2).

B. — Passons à la seconde catégorie de conflits entre lois personnelles. Ces difficultés peuvent, avons-nous dit, naître aussi de cette circonstance que les

(1) Rev. prat., t. 1^{er}, 1856, p. 52.

(2) Loc. cit.

personnes entre lesquelles existent les rapports de famille, n'appartiennent pas au même pays. Cela peut se produire en matière de puissance paternelle, de puissance maritale et de tutelle légale. Nous devons examiner successivement ces diverses situations.

Un Français, marié et père, se fait naturaliser Espagnol. Ses enfants ne changent pas pour cela de patrie, sa femme non plus. Telle est l'opinion unanimement reçue aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence. Les rapports résultant de la puissance paternelle et de la puissance maritale seront-ils gouvernés par la loi française ou par la loi étrangère ?

M. Demolombe se prononce pour la première. Voici ses arguments : Rien ne permet de dire que la femme et les enfants perdent leur statut personnel d'origine, et l'application à des Français d'une législation étrangère serait contraire à nos principes d'ordre public et de souveraineté. Il est déjà suffisamment regrettable que ces deux puissances soient aux mains d'un étranger sans qu'on aille jusqu'à soumettre une femme et des enfants français à une loi étrangère (1).

M. Laurent se déclare contre cette opinion. D'après lui l'art. 3 n'a pas une portée suffisante pour résoudre la controverse. Cette disposition détermine le statut personnel des enfants, mais ne dit pas laquelle des deux lois en présence doit l'emporter. On pourrait, ajoute M. Laurent, objecter que la puissance paternelle a été surtout organisée en vue de protéger les enfants. Cela est exact en droit français, mais non en droit

(1) T. 1^{er}, p. 117, n° 104.

espagnol. Dans cette dernière législation, qui procède directement des principes de la législation romaine, c'est le contraire qui est vrai (1).

Nous pensons également que le caractère français de la puissance paternelle est sans influence sur la question. La réponse tirée du caractère qu'a cette puissance d'après la loi espagnole, nous paraît décisive. Mais, contrairement à M. Laurent, nous estimons que les juges doivent, en présence de l'art. 3, trancher le différend d'après le statut français. Ce texte décide formellement que les dispositions relatives à l'état et à la capacité sont inhérentes au titre de Français. Il le dit en termes exprès. Au contraire, à l'égard des étrangers, il ne fait que comporter logiquement l'existence de la règle correspondante. La raison de cette différence nous est connue : Le législateur a voulu que les tribunaux eussent toute latitude d'écarter, pour des considérations d'ordre public, le statut personnel étranger. Rencontrons-nous, dans l'hypothèse, un motif de cette nature ? Sans doute. Et ce motif consiste précisément dans l'obligation qu'ont les juges d'appliquer aux personnes françaises le statut personnel français. En effet, puisque ce statut est attaché à la qualité de Français, puisqu'il ne peut en être séparé, puisque la jouissance de cette qualité ne peut aller sans lui, et ne se réalise que par lui, notre question revient à savoir si les juges peuvent, en dehors des termes de la loi, faire perdre la nationalité française.

(1) P. 127. — Sur le caractère de la puissance paternelle dans la plupart des législations modernes. V. Pasquale-Fiore, p. 277.

Or la négative est de toute évidence ! Pour des raisons de droit public, il est certain que des magistrats français ne peuvent arbitrairement méconnaître la nationalité française, ou, ce qui est absolument pareil, se refuser à appliquer le statut personnel français.

Ce n'est point que nous ne considérions pas comme opportun de régler la situation par le voie diplomatique ; car, à cette condition, pourraient prévaloir dans les décisions de nos tribunaux des principes supérieurs dont nous appelons ardemment le triomphe. Mais ces principes sont demeurés tout à fait étrangers à notre législation particulière, et même cette législation a envisagé les choses sous un aspect tout opposé. Pour nous, qui puisons exclusivement dans la loi française nos règles d'interprétation, nous estimons que la prédominance du statut personnel français découle du premier et du troisième paragraphes de l'art. 3. Nous différons donc d'opinion avec M. Laurent en ce que cet auteur pense que dans l'état actuel de la question les juges français ne pourraient, en vertu d'aucun principe, donner la préférence à la loi personnelle française, tandis que, d'après nous, cette décision serait la conséquence d'une règle incontestamment posée par le législateur français.

Le conflit relatif à la puissance paternelle se compliquera souvent de difficultés concernant la tutelle légale.

Aux termes d'une décision récente de la cour de cassation, la femme qui, en vertu de l'art. 19 c. civ., recouvre, à la mort de son mari, la nationalité française, est tutrice légale de l'enfant né de son mariage

avec le défunt, bien que la loi nationale du mineur lui refuse ce titre (1). Cette question semble, à première vue, plus délicate que la précédente. La tutelle légale, envisagée dans la personne du tuteur, n'est pas, au moins au même point que la puissance paternelle, une combinaison de droits et de devoirs. Et même, tout d'abord, elle paraît n'être, comme toute tutelle en général, qu'un système de protection. Or c'est le statut personnel du mineur étranger qui régit la tutelle dative. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes en ce sens (2). Il doit en être de même de la tutelle légale (3).

Nous approuvons cependant la décision de la cour suprême, mais en rejetant le motif qu'elle invoque. La cour se fonde sur ce que la loi étrangère préjudicierait aux droits d'un Français. Est-ce une raison suffisante pour la repousser? N'est-ce pas admettre implicitement le système qui fait prévaloir sur le statut personnel étranger un intérêt français même privé? (4) Nous le croyons. La cour régulatrice aurait dû prendre pour base de son arrêt les premier et troisième paragraphes de l'art. 3. Au surplus, voici comment nous réfutons l'opinion adverse. On ne peut

(1) Ch. civ. 13 janv. 1873 (Ghezzi et Sgitcowich c. Marincowich) S. 73, 1, 13; J. P. 73, 18; D. P. 73, 1, 297.

(2) V. notamment Bastia 8 déc. 1863 (Cons. de fam. Costa c. Emmauelli) S. 64, 2, 20; J. P. 64, 335; D. P. 64, 2, 1.

(3) Ce raisonnement est celui de MM. Brocher (n° 64, p. 194) et Pasquale-Fiore (p. 959.) V. aussi dans ce sens la note de Sirey sous l'arrêt précité.

(4) *Sic*, dans Sirey, la note sus-indiquée.

assimiler la tutelle légale à la tutelle ordinaire. Celle-ci, par sa nature même, ne peut être l'objet de débats entre législations différentes, car, ainsi que le mot l'indique assez, on n'a jamais *a priori* le droit d'exercer la tutelle dative, et, par suite, on ne peut puiser ce droit dans un statut personnel autre que celui du mineur. Bien différent est le caractère de la tutelle légale ; sans elle, l'ascendant investi de la puissance paternelle ne peut vraiment choisir l'éducation de ses enfants, et les diriger vers telle ou telle carrière.

La tutelle légale constitue l'auxiliaire naturel de la puissance paternelle. Sans se confondre avec elle, et tout en pouvant même en être séparée dans deux cas (art. 394 et 395 c. civ.), elle développe et complète le système dont la puissance paternelle, prise à part, n'est qu'un germe insuffisant. Que devient, en effet, la puissance paternelle, quand on l'isole ? Un droit de garde insignifiant et un droit de correction. Donc enlever à un ascendant la tutelle légale, c'est le priver du droit d'élever ses enfants, et lui enlever le complément de la puissance paternelle, le moyen d'exercer efficacement cette puissance. C'est ainsi que la tutelle légale dépend, à un point de vue, du statut personnel du père ou de la mère.

Il est vrai que la tutelle légale concerne aussi, peut-être même à un plus haut degré, les droits des enfants, et qu'à ce titre on pourrait objecter qu'elle doit être régie par leur loi personnelle, dans l'hypothèse, loi étrangère. Mais il y a impossibilité d'appliquer concurremment les deux statuts. Les juges doivent nécessairement opter. Dans cette situation, nous disons qu'ils doivent préférer le statut français. En effet, nous

avons supposé la mère française; or la qualité de Français ne va pas sans le statut personnel français; ces deux choses sont intimement liées l'une à l'autre, comme le déclare expressément l'art. 3, et les juges ont tout aussi peu le pouvoir de dépouiller arbitrairement un Français de son statut personnel que de sa nationalité elle-même. Tout ce qui est relatif à l'acquisition et à la perte du statut personnel français, rentre autant dans le domaine du droit public, que tout ce qui intéresse l'acquisition et la perte de la nationalité française. Pour nous, du moment qu'on admet, lorsque le tuteur légal a une patrie, et que les mineurs en ont une autre, qu'il y a conflit des statuts personnels, si l'un d'eux est la loi française, sa prééminence s'impose. Le seul moyen de contester l'exactitude de cette solution serait de nier l'existence même de la rivalité des lois, et de prétendre que, dans l'hypothèse, rien n'est de nature à mettre en jeu le statut personnel français.

Quant au caractère de la tutelle légale qui serait avant tout une protection, cette considération est indifférente du moment qu'elle n'est pas exclusive du conflit.

CONCLUSION

Nous nous sommes attaché avant tout, dans cette dissertation, à exposer la théorie des statuts telle qu'elle nous paraît avoir été conçue par le législateur français. Les opinions que nous avons formulées, ne seront pas épargnées par la critique, si elle oublie que nous les avons présentées, non comme l'expression des aspirations actuelles du droit international, mais comme l'explication rigoureuse d'une loi qui date du commencement du siècle.

Une tendance, malheureusement assez commune, paraît exiger que les commentaires suivent la marche du progrès accompli dans les mœurs, alors que les lois, dont ils sont réputés ne refléter qu'avec plus de relief la physionomie particulière, dans ses défauts comme dans ses qualités, demeurent arriérées et stationnaires.

La mission de l'interprète est cependant toute différente. Il peut regretter de ne pas engager les lois dans le mouvement de son siècle ; mais, quand il précise leurs dispositions, c'est uniquement dans leur esprit qu'il doit puiser ses inductions. Cette mission, d'ailleurs, ne manque pas de noblesse. Car, s'il ne lui appartient pas d'améliorer la législation, le commentateur peut en hâter la révision. Et le seul moyen qu'il ait d'atteindre ce but, nous amène précisément à con-

chure qu'il compromet la cause du progrès en dissimulant les vices de la loi et son insuffisance.

Si donc nous avons estimé que le vieil adage *toutes coutumes sont réelles* a influencé le législateur, du moins n'hésitons-nous pas à le placer sur la même ligne que cette autre maxime, également surannée, et dont le législateur s'est pourtant, de l'avis de tous, plus d'une fois inspiré, *mobiliū vilis possessio*.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	p. 1
CHAPITRE I.— Définitions des statuts réel et personnel.....	29
CHAPITRE II. — Principes généraux d'interprétation.....	34
§ 1. — Du principe de réciprocité.....	id.
§ 2. — Du statut de droit commun.....	35
CHAPITRE III. — De l'étendue de la division des statuts, et des lois qui lui sont étrangères.....	50
§ 1. — Des lois de police et de sûreté.....	51
§ 2. — De la règle <i>locus regit actum</i>	71
§ 3. — Des règles qui déterminent la validité intrinsèque, les effets et l'interprétation des actes juridiques.....	85
CHAPITRE IV. — Du statut réel.....	97
SECTION I. — Du statut réel immobilier.....	99
§ 1. — Application du statut réel aux individualités immobilières.....	102
§ 2. — Application du statut réel aux universalités immobilières.....	103
SECTION II. — Du statut réel mobilier.....	110
a. — Premier principe traditionnel.....	115
b. — Second principe traditionnel.....	126
SECTION III. — Controverses particulières.....	134
§ 4. — De la jouissance légale du père et de la mère.....	136

§ 2. — De l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.....	148
§ 3. — De l'art. 908.....	158
CHAPITRE V. Du statut personnel.....	161
§ 1. — Du statut personnel des Français.....	id.
§ 2. — Du statut personnel des étrangers.....	167
§ 3. — De la circonstance qui détermine le statut personnel.....	193
§ 4. — Des conflits de statuts personnels.....	197
Conclusion.....	206

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Les mariages contractés au mépris des prohibitions portées par les lois caducaires, étaient radicalement nuls.

II. — Il suffisait, pour éviter les peines de l'*orbitas*, et obtenir les *præmia patrum*, d'avoir des enfants nés d'un *concubinatus*.

III. — La loi *Julia de fundo dotali* n'interdisait pas au mari d'engager ou d'hypothéquer le fonds dotal avec le consentement de sa femme.

IV. — Auguste n'eut pas l'initiative du *peculium castrense*. Il ne fit que développer cette institution.

V. — Caracalla dépouilla complètement les *patres* de leur droit au *caduca* en faveur du fisc.

VI. — La *cessio bonorum* n'était ouverte qu'aux débiteurs de bonne foi.

VII. — L'origine de l'*appellatio* se trouve dans l'effet qu'avait par exception l'*intercessio* par rapport aux sentences des *legati juridici*. L'*appellatio* n'est que la généralisation de cette exception. (Système de Mommsen).

DROIT CIVIL

I. — Même sous le code civil le statut réel est de droit commun.

II. — Un statut est personnel ou réel non pas parce qu'il a principalement en vue la personne ou la chose, mais parce qu'il affecte la condition juridique de celui des deux éléments qui lui donne son nom, parce qu'il est constitutif de cette condition juridique.

III. — La bonne foi ne suffit pas pour rendre excusable l'infraction à des lois de police et de sûreté, auraient-elles le caractère de lois purement arbitraires et locales.

IV. — La prescription libératoire des obligations est soumise à la *lex fori*.

V. — La question de savoir si les immeubles dotaux sont inaliénables est étrangère à la théorie des statuts.

VI. — L'inaliénabilité des immeubles dotaux engendre chez la femme une incapacité.

VII. — L'usufruit légal des père et mère et l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, sont des statuts réels.

VIII. — Il en est de même de la disposition de l'art. 908 (c. civ.).

IX. — Les effets de la déclaration d'absence, quant à l'envoi en possession, provisoire ou définitif, sont régis par le statut réel.

X. — La succession mobilière est gouvernée par la loi du domicile du *de cuius*.

XI. — Pour que la loi française régie la succession mobilière d'un étranger, il n'est pas nécessaire qu'il se soit établi en France avec l'autorisation du gouvernement.

XII. — Le statut personnel dépend de la nationalité.

XIII. — Les lois personnelles suivent aussi bien en pays étranger les personnes morales que les personnes physiques.

XIV. — Cette solution doit même être admise en France pour les sociétés anonymes dont la personnalité civile n'a pas été reconnue par un décret rendu en conseil d'État ou par une convention diplomatique. *Nec obstat* la loi du 30 mai 1857.

XV. — La disposition de l'art. 904 (c. civ.) rentre dans le statut personnel.

XVI. — Il en est de même de celle de l'art. 907 (c. civ.).

XVII. — L'étranger, incapable d'après sa loi personnelle, peut en principe se faire restituer contre son obligation, le Français avec lequel il a contracté serait-il de bonne foi.

XVIII. — L'étranger divorcé conformément à sa loi nationale peut se remarier valablement en France du vivant de son premier conjoint.

XIX. — La règle *locus regit actum* s'applique sans réserve aux actes solennels.

XX. — Cette règle est facultative.

XXI. — L'interprétation et les effets des contrats sont régis par la loi du lieu où ils sont formés.

XXII. — L'interprétation et les effets des conventions matrimoniales sont gouvernés par la loi du domicile matrimonial.

XXIII. — Et les étrangers peuvent acquérir un domicile matrimonial en France, sans l'autorisation du gouvernement.

XXIV. — Les personnes dont la loi nationale renferme une prohibition expresse de faire à l'étranger un testament olographe, ne peuvent, même aux yeux de la loi française, valablement tester dans cette forme.

XXV. — Les décisions qui méconnaîtraient *en principe* l'applicabilité en France du statut personnel des étrangers, tomberaient sous la censure de la cour de cassation.

XXVI. — Il en serait de même de celles qui nie-
raient en principe l'applicabilité de la *lex domicilii* à la succession mobilière des étrangers.

XXVII. — Et de celles qui rejetteraient en droit la règle *locus regit actum*.

DROIT COMMERCIAL

Un étranger, incapable d'après sa loi personnelle, mais capable suivant la loi française, s'oblige valablement en souscrivant en France un effet négociable par voie d'endossement, bien qu'il n'ait employé ni dol ni fraude pour cacher son incapacité.

DROIT CRIMINEL

I. — Les incapacités résultant de jugements crimi-

nels ne suivent pas à l'étranger les individus qui en sont frappés.

II. — L'étranger qui a commis un délit en France, ne peut plus, s'il a été jugé en pays étranger, être poursuivi en France pour le même fait.

DROIT ADMINISTRATIF

Les édifices affectés à un service public ne font pas partie du domaine public.

DROIT DES GENS

Le consul français ne peut pas célébrer un mariage entre un Français et un étranger.

HISTOIRE DU DROIT

I. — Le système de la personnalité des lois n'existait pas en Germanie.

II. — Sous la monarchie franque, on n'avait pas le droit de choisir la loi sous laquelle on voulait vivre.

Vu par le professeur, Président de la thèse,
Bordeaux, le 6 Mai 1880,

DELOYNES

Vu par le Doyen de la Faculté de Droit,
A. COURAUD.

Vu et permis d'imprimer : Le RECTEUR,
H. OUVRE.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs.

DÉS
DROITS DE LÉGITIME
ET DE
RÉSERVE

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

DES

x DROITS DE LÉGITIME c

ET DE

RÉSERVE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 27 juillet 1880

PAR

JULIEN CHAURAND

BORDEAUX

IMPRIMERIE J. DURAND

24, RUE VITAL-CARLES, 24

1880

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

MM.

COURAUD (*), doyen (I.), professeur de Droit romain.
BAUDRY-LACANTINERIE (A.), professeur de Droit civil.
RIBÉREAU (A.), professeur de Droit commercial.
SAIGNAT (A.), professeur de Droit civil.
BARCKHAUSEN (A.), professeur de Droit administratif.
DELOYNES (A.), professeur de Droit civil.
VIGNEAUX (A.), professeur de droit criminel, chargé du cours d'histoire
du Droit.
LECOQ, professeur de Procédure civile.
LEVILLAIN, professeur de Droit maritime.
MARANDOUT, professeur de Droit criminel.
GIDE, professeur d'Économie politique.
E. CUQ, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.
LARNAUDE, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.

MM.

RAVIER (I.), secrétaire, agent comptable.
PONCET-DENOUILLES étudiant en doctorat, secrétaire-adjoint.
DESPAGNET, étudiant en doctorat, bibliothécaire.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM.

SAIGNAT, Président.
COURAUD,
LARNAUDE,
LEVILLAIN,
GIDE,

} Suffragants.

BIBLIOGRAPHIE

I

ACCARIAS.....	Précis de Droit romain.
BOISSONNADE.....	Histoire de la Réserve héréditaire.
CUJAS.....	<i>Opera omnia.</i>
DEMANGEAT.....	Cours élémentaire de Droit romain.
DU CAURROY.....	Explicat. des instituts.
FERRIÈRE (Claude de) ..	Jurisprudence du Code et des Nouvelles.
FUSTEL DE COULANGES..	Cité antique.
GIDE.....	Condition des Femmes.
LABBÉ.....	<i>Revue pratique</i> , 1858.
LABOULAYE.....	Condition des femmes. — Propriété foncière en Occident.
MACHELARD.....	<i>Revue de législation</i> , 1877.
MAYNZ.....	Cours de Droit romain.
ORTOLAN.....	Explicat. historiq. des Institutes.
POTHIER.....	<i>Pandectæ justinianæ.</i>
VAN WETTER.....	Cours élémentaire de Droit romain.
VERNET.....	Quotité disponible.
VINNIUS.....	In IV <i>institutionum libros</i> .
VOET.....	<i>Commentarii ad pandectas.</i>

II

BEAUMANOIR.....	Coutume de Beauvoisis.
BOURJON.....	Droit commun de la France.
DESPEISSES.....	Successions testamentaires.
FURGOLE.....	Traité des Testaments.
GANS.....	Histoire du droit de succession en France.
LAFFERRIÈRE.....	Histoire du Droit français.
LAURIÈRE (de).....	Ordonnances des rois de France.
LEBRUN.....	Traité des successions.

POTHIER.	Traité des successions et des donations.
POTHIER.	Introduc. à la cout. d'Orléans.
RICARD.	Traité des donations et des testaments.
RICHEBOURG.	Coutumier général.
ROUSSILHE.	Instituts du Droit français.

III

AUBRY et RAU.	Cours de Droit civil français.
BRESSOLES.	Rev. critiq. 1860. — Académie de législation de Toulouse, 1864.
CAIN DELISLE.	Donations et testaments.
DELAPORTE.	Pandectes françaises.
DEMOLOMBE.	Donations
FENET.	Discussions au Conseil d'État.
GRENIER.	Donations et testaments.
LABBÉ.	<i>Journal du Palais</i> , 1861.
LAURENT.	Principes de Droit civil, XII.
LEVASSEUR.	Portion disponible.
MARCADÉ.	Explicat. théorique et pratique du Code civil.
RAGON.	Théorie de la rétention et de l'imputation,
RICHEFORT.	De l'état des familles.
RODIÈRE.	<i>Journal du Palais</i> , 1856, t. II.
TOULLIER.	Droit civil français.
TROPLONG.	Traité des donations.
VALETTE.	Le Droit, 6 septembre 1854.

A MON PÈRE. — A MA MÈRE

PREMIÈRE PARTIE

De la Légitime à Rome.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Quel était, au point de vue de la libre disposition des biens, le droit primitif des Romains sous le double rapport des donations entre-vifs et des testaments? C'est une question qui, malgré les recherches des meilleurs esprits, ne laisse pas d'être obscure (V. Ortolan, *Histoire du Droit romain*, p. 3.)

Nous pensons cependant qu'en ce qui concerne les donations, le pouvoir du *paterfamilias* était absolu, car le premier texte limitatif date du règne d'Alexandre Sévère.

A l'inverse, nous supposerions volontiers que le droit de tester n'existait pas (Compar. Fustel de Coulanges, *Cité antique*; Maynz, *Cours de Droit romain*, t. III), car l'usage des testaments est d'ordinaire inconnu dans le berceau des nations.

C'est ainsi qu'à Lacédémone (Plutarque, *Agis*, ch. V) le testament ne fut admis que plus de quatre siècles après la mort de Lycurgue.

De même, la législation athénienne (Plutarque, *Solon*, xxi) ne consacra les dispositions testamentaires qu'à l'époque de Solon. Encore faut-il ajouter que la liberté de tester, telle que la reconnut Solon, n'était pas absolue; car, si le père de famille laissait des enfants mâles, ses dispositions étaient nulles et non avenues.

Enfin, l'antique législation des Hindous, dont on n'a pas craint d'exagérer l'importance au point d'écrire (Gibelin,

Études sur le Droit civil des Hindous, t. I, xxiv) qu'elle « domine tous les peuples », ignorait le testament. C'est à à peine si, de nos jours, ce genre de dispositions est accepté dans l'Inde, car (Gibelin, t. II, p. 24) les jurisconsultes contemporains sont loin d'être d'accord à ce sujet.

Nulle témérité par suite à présumer que, dans les premiers temps de Rome, le testament fût également inusité.

C'était là, toutefois, un système rigoureux. Sans doute, une bonne législation ne doit point perdre de vue que le sang fait les véritables héritiers : « *qui egredietur de utero tuo ipsum habebis heredem* », dit avec raison la Genèse (xv, 4). Mais il n'en est pas moins vrai aussi, l'équité l'exige, que l'on doit reconnaître à l'homme, au propriétaire, le pouvoir de disposer, dans de justes limites, du patrimoine qu'il administre, des fruits de son travail et des produits de son intelligence.

C'est ce que comprirent, à une époque dont nous ne saurions préciser la date, les vieux Quirites. Ils admirent donc le testament, mais avec de grandes restrictions. Le père de famille put, dès lors, avant de quitter cette terre, gratifier un ami, récompenser les services et le dévouement d'un serviteur, avantager un fils reconnaissant..... Mais il dut le faire, *calatis comitiis*, à haute voix et en présence des pontifes (V. Fustel de Coulanges, *Cité antique*).

Que si l'on s'étonne de cette intervention obligatoire des Comices, on en comprendra le motif, si l'on considère qu'au lieu d'asseoir la propriété individuelle sur le travail appliqué à la matière, les anciens Romains la regardèrent, du moins quant aux immeubles, comme une concession de l'État (Gaius, V, 16.) A bien dire, il ne pouvait en être autrement, car le territoire de Rome avait été pour les Quirites le fruit de la conquête, et comme la conquête avait été l'œuvre commune, la conséquence forcée devait être, en effet, que le sol des vaincus fût commun aux conquérants. De là, l'explication toute naturelle des par-

tages, qui, selon les témoignages de Varron (*De lingud latind*, v. 55); Denys d'Halicarnasse (II, vii), Cicéron. (*De republicd*, II, 12), et Plutarque (*Numa*, 16) furent successivement opérés par Romulus et par Numa Pompilius. De là, aussi, la présence du magistrat, encore exigée dans le droit classique, en matière d'*in jure cessio* (Gaius, II, § 24).

Il n'est pas plus difficile de rendre compte du contrôle des pontifes. Outre que la propriété immobilière avait un caractère religieux qui se manifestait, chaque année, le dernier jour de février, par des sacrifices en l'honneur de Terminus (Festus, v°, *Termino*), les pontifes qui avaient pour mission d'assurer l'observation régulière des sacra, étaient assurément intéressés à la transmission des patrimoines et des cultes.

Néanmoins, le rôle des comices et des pontifes étant, selon toute probabilité, d'agréer ou de désapprouver souverainement les volontés du testateur, il est évident que le testament *calatis comitiis* présentait de sérieux inconvénients. Et d'abord, s'il n'est pas avéré qu'il resta inaccessible aux Plébéiens jusqu'à la création des *comitia centuriata*, il est du moins certain que les femmes, les impubères, les pérégrins et probablement aussi les sourds-muets, ne purent jamais tester dans cette forme. Enfin, outre que le testament *calatis comitiis* n'était point secret, il ne pouvait recevoir application que deux fois par an, c'est-à-dire aux deux époques de la réunion des comices. En conséquence, les citoyens que la mort atteignait dans l'intervalle, décédaient intestats. Or, il découle notamment de la théorie des substitutions pupillaires, de la règle qui regarde comme non écrites les conditions impossibles ou illicites, ainsi que de la faculté, pour un maître insolvable, d'affranchir et d'instituer son esclave, que les Romains éprouvaient une répugnance profonde à mourir sans laisser de testaments.

Gaius atteste, sans doute, la coexistence dès le principe du testament *in procinctu* (Gaius, II, § 102). Ce genre de testament se faisait devant l'armée équipée, avant le départ pour une expédition. L'armée représentait donc ici le peuple.

Mais, bien que cette seconde forme de disposer fût très importante, si l'on se rappelle le caractère belliqueux des anciens Romains, elle n'était certainement pas suffisante. De là, l'introduction d'un nouveau mode de tester, et l'application aux dernières volontés de l'homme de la *mancipatio per æs et libram*. « *Accessit deinde tertium genus testamenti*, nous dit Gaius (*op. cit.*, II, § 102), *quod per æs et libram agitur : qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is si subito morte urgebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet.* »

Il ressort de la manière la plus explicite de la raison indiquée par Gaius, pour motiver ce nouveau genre de testaments, qu'il n'avait rien de spécial aux Plébéiens. La nécessité de tester, dans l'intervalle des réunions des comices et en dehors de l'armée, pouvait, en effet, se présenter pour les Patriciens aussi bien que pour les Plébéiens. Aussi, le jurisconsulte ne fait-il à ce sujet aucune distinction. Par là se trouve réfuté un système qui, après avoir eu quelque retentissement, a été reconnu trop arbitraire pour être admis : Nous nommons le système de M. Guérard (V. *Essai sur l'histoire du droit privé des Romains.*)

Un pas restait à faire dans cette voie d'innovations. L'emploi de la *mancipatio per æs et libram*, avait, en effet, le double inconvénient : 1° de rendre publiques les volontés du testateur ; 2° de conférer à l'héritier acquéreur un droit irrévocable, alors que le testament est un acte essentiellement révocable.

Mais, chose singulière ! loin de se borner à porter remède à la situation encore assez fâcheuse du testateur, le légis-

lateur romain, trop ému, sans doute, du rigorisme primitif, poussa la réaction au point de proclamer la liberté testamentaire : « *Uti legassit, ita jus esto*, » portait la loi des Douze Tables. De là, le caractère désormais fictif de la *mancipatio*. Elle n'intervient plus, nous fait observer Gaius (II, § 104), que pour la forme et par respect pour l'ancienne théorie. Ce n'est pas, en effet, l'héritier véritable qui joue maintenant le rôle d'acquéreur, c'est un étranger. De plus, ce qui constitue, à vrai dire, le testament, ce sont : 1° les *tabulæ testamenti*, dans lesquelles sont écrites les dernières dispositions ; 2° la présence de sept personnes, et 3° la *nuncupatio* ou déclaration orale par laquelle le testateur, tenant en mains les tablettes, déclare à haute voix, aux cinq témoins, au *familiæ emptor* et au *libripens* que, là, sont renfermées ses dernières volontés. Les tablettes restent en sa possession et leur contenu se trouve, par suite, à la fois secret et révocable.

Admettre un semblable système, c'était évidemment, au fond, reconnaître la validité d'un testament fait en présence de sept témoins, puisque, la *mancipatio* n'étant plus sérieuse, le *familiæ emptor* et le *libripens* ne figuraient que comme spectateurs. C'est pourquoi, le préteur crut devoir tenir pour valable le testament accompli en présence de sept témoins qui l'auraient extérieurement signé et revêtu de leur cachet. Ce fut là le testament dit *prétorien*, parce qu'étant le fruit d'une fraude faite par le préteur aux règles du droit strict, il ne pouvait conférer que la *bonorum possessio* ; il coexistait avec le testament du droit civil qui avait pour résultat de créer un véritable héritier, jusqu'à l'époque de l'apparition, dans le Bas-Empire, du testament tripartit.

Ainsi donc la conséquence finale de ces innovations fut non-seulement de faire du testament un acte indépendant des *comices* et des *pontifes*, mais encore de le soustraire à une publicité et à un formalisme devenus inadmissibles.

Toutefois, en passant d'un extrême à l'autre, le législa-

teur des Douze Tables avait manifesté une confiance trop aveugle dans la tendresse paternelle. Il avait oublié qu'un acte fait entre la vie et la mort ne présente pas toutes les garanties nécessaires de liberté d'esprit et fournit un champ trop vaste à la captation (Platon, *lois*, liv. XI), qu'enfin, plus les hommes ont de pouvoir, plus ils tendent à en abuser.

Sans doute, sous l'empire de la loi des Douze Tables, la *patria potestas* était absolue. Sans doute, de même que chez les Hébreux (Genèse, XXII, 12 et 16), antérieurement à Moïse, ou chez les Athéniens (*Plutarque*, Solon, ch. 23), antérieurement à Solon, le père, loin d'avoir, comme dans la législation hindoue (Manou, XI, 59 et 66), un simple pouvoir tutélaire sur la personne de ses enfants, avait sur eux le droit de vie et de mort. (Salluste, *Cet.* 39) (Tite-Live, v^o 7).

La liberté reconnue au père, par la loi des Douze Tables, de déshériter, à son gré, ses enfants, concordait donc, à bien dire, avec le pouvoir absolu qu'il avait sur leur personne. Mais, assurément, ce n'était pas sans méconnaître les plus légitimes devoirs de la nature.

Frappés de cette iniquité, les prudents proclamèrent l'existence, entre les enfants et le père, d'une sorte d'indivision. Il firent remarquer (Gaius, II. 15 17) que, du vivant du père, les enfants étaient copropriétaires du bien de celui-ci, de sorte qu'à son décès ils devaient être regardés moins comme acquéreurs de l'hérédité que comme possesseurs désormais exclusifs de la *familia*. Et c'est alors que l'on vit apparaître la nécessité pour le père d'instituer ou d'exhérer ses enfants : « *Si eum silentio præterierit*, nous » apprend Gaius (II § 123), *inutiliter testabitur.* » Telle fut, du moins, la doctrine reçue vis-à-vis des enfants mâles du premier degré, car l'omission des filles et des petits-enfants ne frappait point de nullité le testament du défunt, elle leur donnait droit uniquement au *jus accrescendi*, c'est-à-dire leur permettait de réclamer la part qu'ils auraient eue *ab intestat*, si l'institué était un héritier sien, et la moitié de la

succession, si l'institué était un *extraneus*. (Gaius, II, § 124.)

Nous n'insisterons pas sur la raison d'être de cette distinction que nous nous bornons à constater (V. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 27); bien plus, nous ne croyons pas nécessaire d'aller plus avant dans la théorie de l'exhérédation et des diverses modifications qu'elle éprouva; nous ajoutons seulement que ce premier tempérament apporté à la loi des Douze Tables et inspiré, sans doute, par cette idée exacte que bon nombre de personnes commettent l'injustice sans scrupule mais que fort peu osent l'accomplir ouvertement, laissait à désirer, bien que le préteur, plus hardi encore que les Prudents et tenant pour nulles les conséquences de la *capitis deminutio*, eût étendu le bienfait de l'exhérédation à ceux qui en eussent profité, à défaut de toute émancipation. (Ulp. reg., XXII, § 28.)

D'une part, en effet, si l'on se fût borné à cette réaction, les descendants eux-mêmes se seraient trouvés sans protection aucune vis-à-vis de leurs ascendants maternels, lorsqu'ils se virent appelés à leur hérédité par le préteur, le sénatus-consulte Orphitien et les constitutions impériales, puisque la nécessité d'instituer ou d'exhérer n'avait été imposée qu'aux ascendants paternels qui avaient seuls des héritiers siens. D'autre part, la théorie de l'exhérédation ne protégeait nullement les ascendants ou les frères et sœurs. Or, on pouvait faire ressortir, dans l'intérêt de ceux-ci, le spectacle vraiment triste de frères laissant à des étrangers un patrimoine composé en grande partie de biens acquis par le père. De plus, en faveur des premiers, il était facile d'observer que les enfants doivent être tenus de laisser à leurs ascendants une partie de leurs biens : c'est un devoir que la reconnaissance et la nature leur imposent. Enfin, qu'était-ce au fond que cette obligation pour le père d'instituer ou d'exhérer ses enfants, sinon une simple formalité peu coûteuse à remplir? (Gaius, I. 4. D., V. 2).

Force fut donc de satisfaire à la nature et à l'équité d'une

façon plus sérieuse. Pour atteindre ce but, les prudents, craignant, sans doute, de heurter trop brusquement les principes rigoureux, usèrent d'une sage mesure. Les donations entre-vifs, dont l'homme est d'ordinaire si avare, furent encore respectées; seuls, les testaments purent être critiqués. De plus, on se garda bien de reconnaître aux plus proches parents une réserve. C'est qu'en effet l'adoption d'un tel système eût été contraire à la règle fameuse : *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*, qui empêchait la délation simultanée des deux espèces d'hérédités. On obligea simplement le père de laisser à ses enfants une certaine portion de ses biens, portion dont le chiffre fut, à l'origine, indéterminé et, par suite, abandonné à la libre appréciation des centumvirs. Que si le père contrevenait à ce devoir naturel, son testament n'était point nul : *rectè quidem fecit testamentum*. Seulement, comme il était contraire à l'*officium pietatis*, on usait d'un prétexte, *color*, pour tourner la loi primitive; et, regardant le testament comme étant l'œuvre d'un esprit malade, *non sanæ mentis*, on finit par permettre de l'attaquer par la *querela inofficiosi testamenti*, à l'imitation de laquelle furent plus tard et successivement instituées la *querela inofficiosæ donationis* et la *querela inofficiosæ dotis*.

Sur cette importante matière, nous distinguerons la législation classique de la législation du Bas-Empire, puis nous exposerons successivement les restrictions apportées aux libéralités testamentaires et aux libéralités entre-vifs. Au sujet de la *querela testamenti*, à l'étude de laquelle nous allons nous livrer dès maintenant, nous rechercherons successivement : son origine et sa nature, le tribunal compétent, les testaments qui s'y trouvaient soumis, les personnes en faveur desquelles elle avait été instituée, ou contre qui elle pouvait être intentée; ses conditions d'admissibilité, ses effets, ses modes d'extinction.

DROIT CLASSIQUE

I.

De la Querela Inofficiosi testamenti (D., V. 2).

CHAPITRE PREMIER.

Son origine.

Cujas (*Tit. de inoff. testamento*, p. 345) enseignait autrefois que la *querela* fut créée par la loi Glicia (*Observat.*, liv. II, c. 21). A l'appui de son opinion, ce jurisconsulte invoquait : 1° les termes *antiquis prioribus legibus...*, par lesquels Justinien semble avoir voulu, dans deux de ses constitutions (l. 31 et 32, C. II), attribuer la *querela* à des lois anciennes ; 2° la rubrique du fragment IV° de Gaius inséré au Digeste sous le titre de *Inofficioso testamento*, et qui est ainsi conçu : *Gaius, lib. sing. ad leg. Glitiam* : c'est à la loi Glicia, pensait-il, que fait allusion Justinien dans les lois 31 et 32 au Code *h. t.* Mais cette opinion était inadmissible, car si la légitime avait été établie par une loi, comme l'estimait Cujas, on n'aurait pas eu besoin de recourir à un prétexte, *color* : la loi est souveraine. C'est donc à la coutume et à l'influence des jurisconsultes que les Romains durent la *querela*.

Il est vrai que Troplong (*Influence du Christianisme sur le Droit romain*) et Laferrière (*Histoire du Droit français*) ont prétendu que la *querela* avait été instituée par le

préteur. D'un autre côté, M. Ragon (*Théorie de l'imputation et de la rétention des dons et legs faits à des successibles*) l'attribue à la jurisprudence des Centumvirs. Mais ces deux doctrines paraissent inacceptables : la première, parce que l'édit du préteur n'est cité dans aucun texte, en notre matière, la *querela* ayant le caractère d'une action civile ; la seconde, parce que le rôle des Centumvirs dut, selon toute apparence, se borner à la constatation et à la sanction du droit en vigueur, émané de la coutume ou des réponses des prudents. On ne saurait, d'ailleurs, objecter sérieusement qu'il est impossible que des jurisconsultes non encore investis du *jus publice respondendi* et de la *permissio jura condendi*, aient pu bouleverser ainsi la théorie rigoureuse de l'ancien droit. Il suffit, en effet, d'observer que les réponses des Prudents, bien que simplement officieuses à l'origine, contribuèrent puissamment de bonne heure à la formation des coutumes ou *jus civile non scriptum*.

Quant à l'époque approximative de l'introduction de la *querela* à Rome, on la fixe ordinairement aux dernières années de la République. (Cicéro, *in Verr.*, II, l. 42; Valer. Maxime, *Dict. fact. memor.*, VII, 7, 1.)

CHAPITRE II

De nature. — Tribunal compétent.

A. — D'après une opinion qui rencontra chez les anciens commentateurs de nombreux partisans (V. Perez, *prælectiones in codic.*, III. 28. n° 1.), la *querela* devrait être considérée comme une action préparatoire à la pétition d'hérédité et se bornerait à faire annuler le testament. En faveur de cette opinion, on invoque la validité du testament et l'impossibilité conséquemment pour le deman-

deur d'exercer directement la *petitio hereditatis* qui exigeait, bien entendu, la qualité d'héritier. Nous rejetons cette doctrine. Sans doute, aux yeux du droit civil les dernières volontés du *de cujus* sont réputées valables : *recte quidem fecit testamentum*. Et voilà bien pourquoi, jusqu'à la sentence d'inofficiosité, l'institué jouira du titre d'héritier testamentaire, de sorte que les actes d'administration ou d'aliénation qu'il consentira seront, en principe, maintenus. Mais il faut savoir aussi que, par respect pour les liens du sang que nous supposons avoir été méconnus, les Prudents concèdent à l'enfant exhérédé *sine causâ*, la faculté de critiquer le testament paternel et de revendiquer cette masse dont il était copropriétaire du vivant du testateur. C'est donc qu'ils lui permettent de se prévaloir des droits qu'il aurait eus *ab intestat*, c'est-à-dire de sa qualité d'héritier naturel. Enfin ce qui prouve contre le système de Perez, c'est que les personnes qui ne tenaient que du prêteur leur droit héréditaire, étaient tenus, avant d'exercer la plainte, de demander la *Bonorum possessio* qui seule (l. 2. C. h. t.) leur permettait de revendiquer la succession. Or, dans le système de Perez, ce n'est que postérieurement au triomphe de la *querela*, c'est-à-dire à la rescision du testament, que l'héritier du sang appelé par le prêteur se serait vu obligé d'invoquer la *Bonorum possessio*. Aussi Vinnius (*oper. cit.*, l. XIX), après avoir fait observer que telle était la doctrine généralement enseignée dans l'école hollandaise, ajoutait : « *Quod verum non est..... neque duo hic judicia sunt sed unum quo et testamentum impugnatur et simul petitur hereditas.* » Doneau (*Comm. de jur. civ.*, XIX, III) n'hésita pas également à repousser le système de Pérézius. C'est que, en effet, la *querela* ayant pour but de faire réputer mort intestat le testateur et d'investir de la succession le demandeur qui réussit, constitue essentiellement une *petitio hereditatis*. De plus, ce qui dissipe tous les doutes, c'est que ce caractère nous est indiqué le plus clairement

possible par les textes. Ulpien notamment (l. 8. §. 8.) désigne le fait d'intenter la *querela* par les termes : *Hereditatem petere*. — Ailleurs (l. 27. §. 3.) le même jurisconsulte nous dit du *querelans* : *facultates vindicat*. — De son côté, Scœvola appelle (l. 20.) cette action *hereditatis petitio*. — Plus significatif encore, Paul nous dit (l. 21. §. 2.) que la restitution de l'hérédité au légitimaire était le résultat direct de la *querela* : *Evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus*. Enfin nous trouvons, dans le même sens, des textes de Tryphoninus (l. 20 *pr. in fine*, *De Bonorum possessio*, C. t.) et des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla (l. 3. code., *De Petit. heredit.*)

Néanmoins, il est bon d'observer que si l'on s'attache au motif même de la *querela* fondée sur ce que le défunt n'a pas craint d'infliger au légitimaire le préjudice et le déshonneur d'une exhérédation ou d'une omission imméritées, la plainte d'inofficiosité emprunte aux actions *vindictam spirantes* certains principes qui leur sont propres. De même, en effet, que l'*actio injuriarum* emporte infamie pour l'auteur de l'injure, de même aussi la *querela* a pour effet d'imprimer au testateur une certaine flétrissure : d'où, pour cette action, le caractère d'*ultimum subsidium*. (Instit., liv. II. tit. XVIII. 2.) Du moment qu'elle participait de l'*actio injuriarum*, la *querela* devait être personnelle à l'offensé. Aussi Ulpien nous apprend-il, d'après Papinien, que le père ne pouvait l'intenter contre la volonté de son fils : *ipsius enim injuria est* (l. 8. *pr. D.*, *h. t.*) Et Tryphoninus (l. 22. *pr. D. h. t.*) fait remarquer que le fils pouvait, au contraire, exercer la *querela* contre le testament de sa mère, bien que son père, sous la puissance duquel il se trouvait, eût accepté un legs ou fait addition *ex hoc testamento*; en un mot, bien que son père ne voulût pas critiquer le testament... *nam indignatio filii est*. Du reste, en pareil cas, si le fils venait à être débouté de sa demande on avait fini par admettre, après quelques hésitations, que le père serait à

l'abri des conséquences du procès «... *quoniam in hac causâ nihil ex officio patris sed totum de meritis filii agitur....* ».

(l. 22. *h. t.*) Comme nouvelle conséquence du caractère personnel de cette action, elle était intransmissible et ne passait aux héritiers que si le légitimaire exhérédé ou omis mourait après avoir intenté son action. Paul atteste, il est vrai, que cette dernière condition n'était pas nécessaire et qu'il suffisait que la personne offensée eût manifesté l'intention d'exercer la *querela*. (Loi 6. § 2. *D. h. t.* et loi 7. *h. t.*; loi 5. Code, *hoc tit.*). Cependant Papinien affirme que, pour cela, l'ayant droit devait avoir persévéré dans cette intention jusqu'à sa mort, l. 15. § 1. *D., h. t.* A raison, en effet, de son analogie avec les actions d'injures la *querela* s'éteignait par toute renonciation expresse ou tacite susceptible de faire présumer le pardon.

Il découle des explications que nous avons données sur la nature de la *querela* que cette action tendait à un double but : réparation d'un préjudice matériel, réparation d'un préjudice moral.

Dans certains cas, cependant, la plainte d'inofficiosité n'avait pas ce double but et était accordée dans un pur intérêt pécuniaire. Tel est celui du § 4, de la loi 27. *D. h. t.* où Ulpien permet d'intenter la *querela* contre le testament d'une mère qui avait institué un étranger dans la croyance que son fils était mort. Evidemment, la testatrice ne pouvait être accusée d'avoir violé volontairement l'*officium pietatis*. Aussi Paul, nous dit-il que l'on respectait le mieux possible les dernières volontés de la mère : *ita ut libertates et legata præstentur*. C'est par les mêmes considérations que l'on doit expliquer la loi 3 au code, laquelle supposant une mère qui a omis son fils parce qu'elle est morte en accouchant de lui, décide qu'il n'y a pas lieu à la *querela* si ce sont des frères qui sont institués, mais seulement à un concours pour part virile, et n'accorde la plainte d'inofficiosité que dans le cas où l'institué est un étranger.

A l'inverse, il y avait des hypothèses dans lesquelles le *querelans* avait simplement en vue la réparation de l'injure dont il avait été l'objet. C'est ainsi que nous voyons la loi 22 au Dig. *h. t.* permettre à un fils de famille la plainte d'inofficiosité, alors que pourtant le succès de son action doit profiter uniquement au père.

B. — Le tribunal compétent, en matière de *querela*, était le tribunal des centumvirs. Nous ne rechercherons pas l'origine de cette magistrature (Compar. Niehbur et Bethmann-Holweg. *Der civilys, de gemein. Rechts*, t. I, § 23; Ortolan; *Explicat. historiq. des Institutes*; t. I. n^o 166 et suiv.; Accarias, *Traité des actions*, p. 12) : nos tentatives seraient infructueuses, attendu que les documents sont défaut. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, dès une époque assez reculée, on voit que, dans certaines causes, notamment dans celles qui avaient trait aux questions d'état, au droit de propriété et aux successions, le magistrat renvoyait les parties devant un collège de juges dont le nombre fut porté approximativement à cent et qui prit le nom de tribunal des centumvirs. De là sa compétence en matière de *querela*. (Quintil., *Institut orat.*, v. 2. 1; Pline, *Epist.* VI. 33; 1. 18.)

Divisé d'ordinaire, au dire de Quintilien et de Pline le Jeune, tantôt en deux, tantôt en quatre sections, il paraît que, pour juger les plaintes d'inofficiosité, le tribunal centumviral était toujours divisé en quatre sections; et comme, bien que la cause ne fût très probablement plaidée qu'une fois, en présence de toute l'assemblée des magistrats, chaque section délibérait à part, et la sentence était rendue dans le sens qui l'avait emporté dans la majorité des sections, il pouvait arriver qu'il y eût partage. En pareil cas, *quid juris*? *Humanius erit*, dit Marcellus, *sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.* » En principe donc, le partage était favorable

au testament, mais s'il était évident que la décision des juges fût injuste, les présidents des sections (c'étaient, à l'origine, les ex-questeurs; sous Auguste, les décevirs; et, sous Pline le Jeune, un préteur en présence des décevirs) pouvaient se prononcer pour le parti contraire. C'est ce qui nous explique un passage de Pline où cet auteur atteste que, dans une affaire qu'il plaida lui-même, le **partage** entraîna la rescision du testament. (Ep. VI. 33.)

Nommés pour une année par les Tribuns, ces magistrats siégeaient, à l'origine, au Forum, et, plus tard, dans la basilique Julia; ayant devant eux une lance, symbole du domaine et de la souveraineté, ils jugeaient suivant les formes antiques de l'*Actio sacramenti*. Quant à l'appel de la sentence il dut être porté, sans doute, devant l'empereur. Pendant l'instance, l'institué restait en possession des biens héréditaires; seulement Ulpien nous apprend qu'il devait fournir des aliments provisionnels, *interim*, à l'héritier du sang, demandeur, s'il se trouvait dans le besoin. (l. 27. § 3.)

D'ailleurs, n'allons pas croire que la compétence des centumvirs fût exclusive. Il est vrai que telle est la conclusion qui paraît résulter de la loi 12. C. *De Petit. hered.*, ainsi que d'un passage de saint Jérôme (Ep. ad dom. 50. 2) qui semble identifier les *causæ hereditariæ* et les *causæ centumvirales*. Mais il ne serait pas exact de s'en tenir à cette idée; car, de même que, d'après le témoignage de Cicéron (in. Verr. 1. 45.), celui qui intentait une *petitio hereditatis* pouvait, à son choix, agir devant les centumvirs ou demander une formule, de même, dans les lois 8 § 16 D., h. t. et 17, § 1. D. h. t. Ulpien et Paul nous parlent d'une plainte d'inofficiosité portée devant l'*unus iudex*.

CHAPITRE III

Testaments qui s'y trouvaient soumis.

En principe, tous les testaments étaient attaquables pour inofficiosité. Mais il y avait des exceptions à cette règle générale; la première concernait les militaires et les fils de famille qui avaient testé sur leurs *bona castrensia*. On sait qu'avec l'empire naquit la distinction des *pagani* et des *milites*, et qu'avec cette distinction apparurent les privilèges militaires, en matière de testament. Or, parmi ces privilèges qui, dictés sans nul doute par un motif politique, devinrent définitifs sous Nerva et sous Trajan, de temporaires qu'ils étaient à l'origine; parmi ces privilèges figurait l'immunité de la *querela* : « *De inofficioso testamento militis*, nous dit Ulpien, *dicere nec miles potest*. » Et les empereurs Dioclétien et Maximien ajoutent : « *Testamentum filii familias in castrensi peculio factum neque a liberis ejus per inofficiosi querelam rescindi potest*. » (L. 27, § 2; l. 24, C. h. t.)

Accordée par les empereurs, en raison du besoin qu'ils avaient des militaires, cette faveur n'était due qu'à compter du jour où ils figuraient sur les cadres de l'armée. On avait, il est vrai, controversé la question de savoir si, à partir de l'inscription, le testament fait *antea* devait s'apprécier *jure militari*. C'est ainsi qu'Ulpien admettait l'affirmative, à la condition que le nouvel enrôlé n'eût pas manifesté de volonté contraire; tandis que, d'un autre côté, Marcellus et Paul décidaient la négative, à moins que le testateur n'eût exprimé une volonté conforme. Mais il ne paraît pas que la difficulté ait été législativement tranchée. Ce qu'il y a de certain, c'est que, *post missionem honestam*, la règle générale était que le testament fait *jure militari* conservait encore ses prérogatives pendant une

année entière. Ce qui n'offre aucun doute également, c'est que, sous Justinien, les privilèges militaires et, par suite, l'immunité de la *querela*, ne s'appliquèrent plus qu'aux testaments faits *in expeditione*, innovation qui contredit clairement le motif sur lequel Justinien lui-même les fonde; attendu que le soldat *in expeditione* n'est ni plus expérimenté, ni plus ignorant que le militaire vivant en garnison ou dans ses foyers. (L. 42, 15 § 2, 25, 38 § 1, 26, *De Test. mil.*)

Nous devons observer, cependant, que le privilège concédé aux fils de famille vétérans qui avaient testé sur leur pécule *castrans*, ne présenta guère d'intérêt sous le droit classique. Il était de principe, en effet, que la *querela* n'était attribuée qu'aux successibles, exclus sans motifs légitimes de l'hérédité *ab intestat*. Or le *filiusfamilias* ne laissait pas d'héritiers, car, à défaut de testament, son pécule *castrans* était acquis à son père, non point *jure hereditario*, mais *jure peculii*. Ce fut seulement sous Justinien que les biens compris dans un pécule *castrans*, passèrent, à défaut de testament, à de véritables héritiers *ab intestat*, *jure communi*. D'ailleurs le testament fait par un *filiusfamilias* devenait attaquant par la plainte d'inofficiosité, dès que son auteur devenait *paterfamilias*, et cela dans le cas même où son patrimoine ne consistait qu'en son ancien pécule. Car on ne pouvait raisonnablement soutenir que celui qui était son propre maître avait un pécule castrense. « *Cum neque nomen peculii permanet sed aliis rebus confunditur patrimonium.* » (L. 1-2, D. XLIX, 16; Instit. II, 12; l. 8, § 3, *h. t.*).

Enfin, on ne pouvait attaquer que le testament de celui qui l'avait fait lui-même. D'où la conséquence que la substitution pupillaire faite au préjudice de la mère ne pouvait être attaquée comme inofficieuse par celle-ci, attendu que le testament du pupille était l'œuvre du père, et que celui-ci ne devait rien à la mère. On ne pouvait donc

faire tomber la substitution pupillaire qu'en faisant tomber pour le tout le testament du père. *Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit nisi si pro parte rescissum est.* (L. 8, § 5.)

CHAPITRE IV

A. Qui pouvait intenter la *Querela*? — B. Contre qui?

A. — Ulpien nous fait connaître, en ces termes, les personnes qui pouvaient intenter la *querela* :

« *Sciendum est frequentes esse querelas : omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem, melius facerent si se sump-tibus inanibus non vexarent cum obtinere spem non haberent.* »

Cette observation, certainement conforme au droit classique, nous donne-t-elle une idée également exacte du droit primitif? Et ne faut-il pas dire avec M Accarias que, très probablement, à l'origine, les descendants seuls eurent droit à la *querela* ; que, même parmi ces derniers, ceux-là seuls durent être regardés comme héritiers privilégiés, qui, régulièrement exhéredés, étaient héritiers siens, d'après le Droit civil, et cela, comme conséquence de leur copropriété dans les biens du père ; que, plus tard, seulement quand le préteur eut appliqué à tous les descendants *per masculos* la théorie de l'institution et de l'exhéredation, on fut naturellement amené à généraliser dans les mêmes proportions la *querela*, à laquelle on donnait dès lors pour base, non plus la copropriété, puisque les bénéficiaires étaient sortis de la famille, mais cette considération que les devoirs d'un père sont indépendants de la *patria potestas*, et que la voix du sang doit mettre un obstacle sacré aux abus de la libre disposition des biens? (*Précis de Droit romain*, t. I.)

Quel que soit le fondement de ces conjectures, ce qui

n'offre aucun doute, c'est que, à la différence du bénéfice de l'exhérédation qui, même après la réforme du préteur, n'était applicable que sous certaines distinctions de sexe et de degré, la *querela* appartenait non-seulement au fils de famille et à l'émancipé exhérédé, mais encore à celui qui se trouvait avoir été omis par ses ascendants maternels. La plainte était sans doute refusée aux petits-enfants, aux filles et aux émancipés omis. Mais, c'est que ces personnes avaient à leur service un autre mode de recours, savoir le *jus accrescendi* ou la *bonorum possessio contra tabulas*. Bien mieux, les posthumes avaient droit à la *querela* tout comme les enfants déjà nés du vivant du testateur. A vrai dire, on peut être étonné de voir cette action accordée à ces descendants contre le défunt, que la date de leur naissance défendait suffisamment de tout soupçon d'inofficiosité. Mais les Prudents pensèrent, selon toute apparence, qu'on ne pouvait néanmoins leur refuser la *querela* sans méconnaître, soit l'intention que le testateur aurait eue et réalisé, s'il eût été certain de leur existence, soit, dans le cas contraire, le droit d'attaquer le testament comme inofficieux. On ne distinguait même pas les posthumes siens des posthumes externes ; car, Ulpien l'atteste, l'institution des posthumes externes, interdite, il est vrai, par le droit civil, était reconnue, au contraire, par le droit honoraire. Le posthume eût donc obtenu après sa naissance la *bonorum possessio secundum tabulas* (l. 6. D, *De ventr. in poss. mitt.* XXXVIII, 9 et l. 3, D. XXXVII, 11 ; Instit., lib. II, tit. XX, § 28 ; lib. III. tit. IX. pr.)

La *querela* n'était pas uniquement réservée aux enfants issus du mariage. Elle était également accordée aux enfants adoptifs. C'est que, en effet, à l'exemple de plusieurs législations de l'antiquité, la loi romaine avait admis l'adoption. Peut-être même la reconnut-elle avec trop de facilité ; car, loin d'en subordonner la possibilité, comme celle des Hindous (Orianne, traduction du *Traité d'adoption de Devandha*

Bhatta, p. 115) et des Grecs (Isée, *de Apollon.*, § 39), à la condition qu'il n'y eût point dans la famille de l'adoptant un fils issu de son corps qui put continuer le culte des sacra, la législation romaine la permit à celui qui avait déjà un enfant légitime : ce qu'on ne peut expliquer que par cette idée que l'intervention des pontifes et du peuple dans l'adrogation et la présence du magistrat dans l'adoption simple, sauvegardaient suffisamment, sans doute, l'intérêt des enfants nés du mariage. Cfr. Aulu-Gelle, *N. At.* v. 19.)

Du reste, si tant que durait l'adoption, l'adopté avait un droit acquis à la *querela inofficiosi testamenti* contre les dernières dispositions de son père fictif, il est constant, qu'à l'inverse, il ne pouvait critiquer le testament de son père naturel. Nous devons ajouter seulement, d'après Valère Maxime (vii, 7, n° 3) et Marcien (*l. X, pr., C.* viii, 48), que cette règle, à l'origine, et même au second siècle, souffrait exception lorsque l'adoptant était pauvre.

Enfin, à l'égard des enfants naturels, les principes variaient suivant que le testament inofficieux était celui de la mère ou celui du père. — Dans le premier cas, les *spurii* eux-mêmes avaient le droit d'intenter la *querela*, car, d'une part, avant le sénatus-consulte Orphitien, le préteur les appelait à la succession *ab intestat* de leur mère par le moyen de la *bonorum possessio unde cognati* (Gaius, l. 2, *D., unde cognati*, xxxviii, 8). D'autre part, le sénatus-consulte Orphitien, alla plus loin et les préféra sous ce rapport même aux agnats. — Dans le deuxième cas, les enfants nés du concubinat avaient seuls droit à la *querela inofficiosi testamenti*. C'est qu'en effet c'était les seuls qui eussent un père légal : le concubinat étant regardé, sous l'Empire, comme un mariage inférieur, mais, au reste, n'ayant rien de honteux. Quant aux enfants nés d'une union passagère, et que la langue romaine a si énergiquement appelé *vulgo concepti*, on les considérait comme n'ayant pas de père, vu l'impos-

sibilité évidente où l'on se trouvait de les attribuer avec certitude à tel homme plutôt qu'à tel autre.

En l'absence de descendants, la *querela* pouvait être intentée par les ascendants. Devons-nous voir là une nouvelle conséquence du très ancien principe de la copropriété? Non, car pour que notre espèce pût se présenter, le testateur devait être *sui juris* et possesseur d'un patrimoine distinct, puisque sans cela il n'aurait pu tester que sur son *pecule castrens*, et que le testament ainsi fait eût été inattaquable. De là, l'explication naturelle de cette phrase de Paul (l. 7, § 1, xxxviii, 6) : « *non sic parentibus liberorum debetur hereditas.* » Et voilà pourquoi aussi Papilien ne semblait reconnaître la *querela* aux ascendants qu'à titre de faveur et de consolation (l. 15, *pr.*, *h. t.*). Mais est-ce à dire qu'il faille conclure avec Roussilhe (*Instit. au droit de lég.*), que leur vocation à la plainte d'inofficiosité n'était point de droit naturel? Une pareille conclusion serait erronée. Seulement, il nous semble démontré que, dans l'esprit de Paul et de Papilien, les poursuites des ascendants avaient uniquement pour base la réciprocité d'affection et de devoir que la nature impose entre ascendants et descendants.

Toutefois, il est intéressant d'observer que le droit honoraire paraît avoir admis d'une manière générale et indépendamment du lien résultant de la *patria potestas*, une certaine copropriété entre les ascendants et les descendants. C'est ce qui résulte à l'évidence de la loi 1, § 12, *De succ. edict.* On sait que le délai fixé pour demander la *bonorum possessio* était en principe de cent jours (lib. iii, tit. IX, § 8, *Instit.*), mais que, exceptionnellement et par faveur pour les descendants et les ascendants, il était d'une année à leur égard. Eh bien, la loi 1, § 12, nous donne le motif de cette distinction : c'est, dit-elle, que de telles personnes arrivent à des biens qui pour ainsi dire leur appartenaient déjà : « *pæne ad propria bona veniunt.* (xxxviii, 7.)

Nous avons observé que l'application de la *querela* au

profit des descendants supposait implicitement que le *de cuius* était *sui juris* ; plusieurs hypothèses pouvaient se présenter à ce sujet. Et d'abord, le défunt était-il devenu *sui juris* tout en restant dans sa famille, par l'élévation à certaines dignités ? Il n'y avait pas de difficulté, de sorte que s'il avait omis l'ascendant appelé à la succession *ab intestat*, ce dernier avait droit à la *querela*.

Au contraire, le *de cuius* avait-il été émancipé ? D'après le droit strict, l'ascendant émancipateur ne pouvait prétendre à la succession de son enfant et, par suite, à la *querela*, que s'il avait ajouté à la mancipation une clause de fiducie. Dans le cas contraire, c'était le *manumissor extraneus* qui avait droit à la légitime en sa qualité de patron. Le préteur, frappé du préjudice que causait à la famille de l'ascendant émancipateur l'oubli de la cause de fiducie, accorda invariablement aux dix plus proches cognats de l'émancipé la *bonorum possessio unde decem personæ* qui leur donnait la préférence sur le *manumissor extraneus*. De plus, ayant posé en principe que le patron, lorsqu'il se trouverait injustement exclu de la succession de son affranchi, pourrait intenter contre le testament de ce dernier la *bonorum possessio contra Tabul.*, qui lui donnerait droit à la moitié de l'hérédité (sous Justinien, cette *bonorum possessio* ne donnait droit qu'au tiers, encore fallait-il pour cela que l'affranchi laissât au moins 100 sous d'or) il en résulta, dès lors, que l'ascendant émancipateur *contracta fiducia* eut le choix, le cas échéant, entre la *querela inofficiosi testamenti* et la *bonorum possessio contra tabul.* Or, relativement à l'efficacité de ce dernier mode de recours, la loi 16, § 1, D. *h. t.*, semble offrir quelque difficulté : « *Contra tabulas filii*, dit Papinien, *possessio-nem jure manumissionis pater accepit, et bonorum possessionem adeptus est; postea filia defuncti quam ipse exheredaverat, quæstionem inofficiosi testamenti recte pertulit; possessio, quam pater accepit, ad irritum recedit.....* » Ainsi donc, d'après Papinien, la *bonorum possessio* accordée à l'ascendant éman-

cipateur est considérée comme non avenue dès que la demande de la fille du *de cuius* est jugée admissible. On pourrait se demander, d'après cela, quelle est l'utilité de la *bonorum possessio* conférée au *manumissor*, car évidemment elle est nulle dans l'espèce. Ce qui surprend surtout, c'est que le prêteur ait pu reconnaître un droit à celui qui n'en avait pas. Mais le jurisconsulte qui prévint l'objection nous fournit la réponse. Sans doute, dit-il, l'ascendant a obtenu la *bonorum possessio*, mais c'est seulement vis-à-vis de l'institué. Quand l'émancipateur a attaqué le testament de son descendant, il réunissait toutes les conditions exigées par l'édit aux yeux du prêteur, car il avait été exhéredé ou omis injustement, et de plus, le magistrat n'avait point à se préoccuper de la question de savoir s'il n'existait point d'autres personnes préférables au père. Rien d'étonnant donc à ce que, plus tard, quand la fille du *de cuius* intente elle-même la *querela*, son droit reconnu préférable à celui de l'ascendant *manumissor*, ait pour résultat de rendre inefficace la *bonorum possessio* qui lui avait été accordée.

Supposons maintenant que le *de cuius*, après avoir été donné en adoption, était sorti de la puissance de l'adoptant. Dans quels cas faut-il dire que sur les biens par lui laissés, son père naturel avait droit à la *querela*? Il fallait distinguer : le défunt était-il devenu *sui juris* par la mort, la *maxima* ou la *media capitis deminutio* de l'adoptant? il n'en était pas moins resté uni à sa famille adoptive par le lien de l'agnation et, par suite, ses agnats d'adoption étaient préférés à son ascendant. Était-il devenu *sui juris* par l'émancipation? L'adoptant, s'il avait eu soin de stipuler la *fiducia*, venait de préférence encore à l'ascendant. On voit donc que ce dernier ne pouvait attaquer le testament de son enfant que dans le cas d'une *manumissio simplex* accomplie par le père adoptif ou dans l'hypothèse d'une *manumissio contracta fiducia*, postérieurement au décès de l'adoptant.

Au surplus, nous n'avons parlé jusqu'ici que des ascen-

dants paternels. Quant aux ascendants maternels, ils ne pouvaient, à l'origine, invoquer la *querela*, dépourvus qu'ils étaient de tous droits héréditaires. Il est vrai que, pendant plusieurs siècles, l'usage de la *manus*, qui plaçait la femme au rang de fille par rapport à son mari, tempéra pour la mère la rigueur des anciens principes. Mais, dès que la *manus* tendit à disparaître, c'est-à-dire à l'époque où le divorce commença à se familiariser avec les mœurs romaines, la femme restait une étrangère pour ses enfants eux-mêmes. Sans doute, le préteur s'efforça de réagir contre cette injustice en instituant la *bonorum possessio unde cognati*, mais comme les cognats n'arrivaient qu'en troisième ordre, il résultait que les droits de la mère n'étaient pas suffisamment sauvegardés. La nécessité d'une réforme plus sérieuse se fit donc insensiblement sentir, et, au deuxième siècle de notre ère, le sénatus-consulte Tertullien appela la mère à la succession de ses enfants. Dès cette époque, et bien que ce nouveau correctif lui-même laissât beaucoup à désirer, puisque, imaginé dans un esprit analogue à celui des lois célèbres Julia et Papia Poppæa, qui avaient fait du mariage une corvée civique, le sénatus-consulte Tertullien tendait bien moins à consacrer le droit de la mère qu'à obtenir un accroissement de population en récompensant sa fécondité; dès cette époque, disons-nous, les conditions du sénatus-consulte une fois remplies, le droit de succession s'ouvrait pour la mère et, par suite, le droit à la *querela*. Quant aux autres ascendants, réduits à la *honorum possessio cognati*, leur vocation restait souvent inefficace.

A défaut de successibles dans les lignes descendante et ascendante, la *querela* était dévolue aux frères agnats; tout autres collatéraux en étaient exclus. Donc, suivant les principes en vigueur avant Justinien, la *querela*, dont le bénéfice ne fut jamais accordé aux frères et sœurs utérins; était également refusée, non-seulement aux frères germains et

consanguins qui avaient perdu le droit d'agnation, c'est-à-dire qui avaient été émancipés du vivant de leur père, mais encore aux sœurs agnates (L. 1, C. Theod., *h. t.*, II, 19). Sans doute, ces deux dernières assertions sont contredites par la loi 27, C. *h. t.* qui accorde la plainte d'inofficiofité aux frères et sœurs agnats ou non (*sorores..... durante agnatione vel non*). Mais il nous paraît juridique de décider que Justinien a transporté cette constitution du Code Théodosien dans le sien, en lui faisant dire tout le contraire de ce que dit l'original, et nous pensons que les mots *sorores* et *vel non* ont été ajoutés par les rédacteurs du Code, attendu qu'ils ne figurent pas dans la même constitution, insérée dans le recueil de Théodose (*loc. supr. cit.*). Bien plus, la *querela* n'était pas toujours possible au profit des frères agnats; il ressort, en effet, à l'évidence des mots : « *si heredes scripti diversi juris fuerunt*, » de la loi 24, *h. t.*, que les frères tiraient de la qualité de l'institué le droit de faire déclarer le testament inofficieux, et c'est en quoi ils différaient des enfants et des ascendants qui pouvaient intenter la plainte contre toutes sortes de personnes. Telle est également la conclusion qui découle de la loi 31, § 1, D., *h. t.*, ainsi conçue : « *Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querela pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus ex liberis an extraneis vel municipibus*. » Aussi, est-il généralement reçu que, dès l'époque classique (Comp. Ducaurroy, *Explic. des Instit.*) la *querela* des frères agnats était fondée, non point sur un droit absolu pour ces derniers à une partie des biens du *de cuius*, mais bien plutôt sur l'injure que leur avait faite le testateur en leur préférant des personnes viles ou d'une condition peu favorable. Il convient seulement d'ajouter que Constantin précisa les divers cas d'application de cette distinction ancienne (Valère Maxime, *Memorab.*, VII, VIII, 4), en posant en principe que la réclamation des frères agnats serait admissible toutes les fois que l'institué serait sinon entaché d'infamie (D., III, 2), du moins flétri

par l'opinion publique (*turpis*), ou issu d'un comédien, ou un affranchi (*levi notà maculatus*, loi 27, *c. h. t.*). — (Ortolan, *oper. cit.*, l. 457),

Telles étant les personnes au profit desquelles avait été organisée la *querela*, reste à faire observer qu'il résulte de l'ensemble des textes, *hoc titulo*, que le *jus accrescendi* était admis en notre matière. Il est vrai qu'à première vue l'interprète croit être en présence d'une antinomie entre les lois 17. D. pr., 23 § 2 *h. t.* et 8 § 8. Mais nous ne doutons pas que l'espèce prévue par Ulpien et Papinien, dans ce dernier texte, soit différente de celle prévue par Paul dans les deux premiers. Rien d'étonnant donc à ce que les solutions données par ces jurisconsultes soient opposées. Du moment, en effet, que l'exhéredé dont parle Papinien et qu'il déclare faire nombre a reçu sa quarte (*quoniam quarta debita portionis sufficit ad excludendam querelam*) le testament n'est pas inofficieux à son égard, il ne peut donc sérieusement prétendre à la *querela*; et, par suite, il n'y a point d'accroissement possible au profit des autres enfants injustement exhéredés, de sorte que la décision d'Ulpien et de Papinien concorde avec celle de Paul.

Sans doute, cette tentative de conciliation a été critiquée et l'on a opposé à la solution par nous donnée à la loi 8 § 8 la loi 19 *h. t. D.* dans laquelle Paul semble reconnaître à une fille omise dans le testament de sa mère le droit de réclamer plus de la moitié de la succession, bien que sa sœur ait accepté *ex testamento* sa quarte légitime. Mais nous n'estimons pas que la loi 19 doive être ainsi interprétée, et la vérité est, au contraire, que, dans ce texte, Paul, loin de s'occuper de l'accroissement de la *querela*, recherche uniquement le moyen de protéger la fille instituée contre les prétentions de sa sœur, et affirme qu'elle doit conserver intacte la part qui lui a été donnée par testament. La preuve que le jurisconsulte Paul n'a point, comme nos adversaires le prétendent, l'intention de faire bénéficier la

filles omises du *jus accrescendi*, c'est qu'il déclare, au contraire, que la fille instituée jusqu'à concurrence de sa légitime, ne doit pas être comparée à une renonçante, mais tient sa place dans l'hérédité testamentaire, ce qui oblige sa sœur à se contenter de moitié. Notre conclusion est donc que la loi 19, bien loin de contredire la loi 8 § 8, semble la reproduire et confirmer cette idée qu'il n'y a point d'accroissement possible de la part de celui qui a reçu pour le moins sa quarte légitime.

Nous ajouterons seulement que si, pour un instant, nous faisons abstraction des textes, nous hésiterions peut-être à reconnaître, en Droit romain, le *jus accrescendi*, relativement au point qui nous occupe. Qu'est-ce, en effet, que la *querela* sinon une action d'une nature mixte tenant à la fois de la *petitio hereditatis* et de l'*actio injuriarum*? Or celle-ci, la raison seule le dit, était personnelle. Quand l'offensé s'abstenait d'agir ou renonçait à l'intenter, on le regardait logiquement comme ayant pardonné, l'action dont il aurait pu se servir ne passait pas à ses héritiers; elle était désormais regardée comme nulle et non avenue. De là, on induirait sans témérité qu'il en devrait être de même dans notre matière. Et voilà pourquoi, tout en tenant pour certaine à Rome l'admission du *jus accrescendi*, quelques auteurs (Vangerow, lehrb. t. II.) conjecturent du moins que le droit d'accroissement n'était appliqué que dans l'hypothèse où il était reconnu que le défaillant avait un droit incontestable à la *querela*. (Cfr. Machelard, *Rev. d. Leg.* 76.)

B. — Quoi qu'il en soit, ce qui n'offre aucun doute, c'est que c'était contre l'institué que devait, en principe, être intentée la plainte. Il y avait cependant des exceptions à cette règle. C'est ainsi que, dans le cas de fidéicommiss universel, la plainte était exercée non contre le grevé mais contre l'appelé (l. 1, C. h. t.). C'est ainsi encore que si le fisc avait recueilli la succession par suite d'une *publicatio* prononcée

contre les institués ou par application des lois *Julia et Papia Poppæa*, c'est contre lui qu'était dirigée la *querela* (l. 10. C. h. t.). De même Tryphonnius nous présente une espèce dans laquelle la plainte était accordée contre un simple *bonorum possessor* héritier pourtant *ab intestat*, (l. 20. pr., *De Bonorum possessio*, xxxvii, 4.) Enfin, Papinien dans l'hypothèse d'un fils émancipé avec clause de fiducie qui avait exhérédé sa fille et omis son père, atteste que si ce dernier avait obtenu pour partie la *bonorum possessio contra Tabulas*, la fille exhérédée pouvait diriger sa plainte non-seulement contre l'héritier institué, mais encore contre son grand-père (l. 16. §. I. h. t.).

CHAPITRE V

Conditions d'admissibilité de la *Querela*.

D'ordinaire, trois conditions étaient requises : 1° omission ou exhérédation imméritée ; 2° inexistence de toute autre voie de recours ; 3° absence de légitime au profit des ayants droit. Que si l'héritier naturel qui avait à se plaindre du testament n'était pas du nombre des personnes appelées à la succession par le Droit civil, mais venait uniquement *jure honorario*, une quatrième condition devenait nécessaire : obtention d'une *bonorum possessio* préalable.

SECTION PREMIÈRE

Omission ou exhérédation imméritée.

Si l'exclusion de l'héritier naturel des biens héréditaires avait été inspirée par son intérêt bien compris ou, s'il l'avait méritée par son indignité (L. 16 § 2. D., *De Cur. fur.* ; . 18. D., *De Lib. et post.*), il n'y avait pas eu à son égard vio-

lation de l'*officium pietatis*, et, par suite, il n'était pas admis à critiquer le testament. Or, relativement à ce dernier cas, il faut savoir que, pour écarter la *querela*, il n'était point nécessaire que les actes d'indignité fussent personnels au demandeur, et que, au contraire, les petits-enfants pouvaient être valablement punis par l'aïeul pour la faute de leur père. Il semble, il est vrai, que cette jurisprudence aurait dû être repoussée par respect pour l'équité. Mais il n'en est pas moins certain que telle était la doctrine suivie sous l'empire du droit classique. Ulpien qui l'atteste, souffre, en effet, seulement qu'on fasse une sorte de compensation entre les mérites de l'un et l'indignité de l'autre (l. 3 § 5. *in fine*. D., 37. 4). Or, la preuve évidente que l'opinion de ce jurisconsulte n'était pas une opinion isolée, c'est que, dans la loi 33 C § 1. *h. t.* Justinien déclarant qu'un enfant ne saurait être puni pour les fautes de son père, manifesta clairement qu'il entendait supprimer une ancienne injustice (*legis veteris iniquitatem tollentes*.) C'est que, en effet, la doctrine attestée par Ulpien n'était que la consécration explicite des idées de solidarité anciennement admises entre l'auteur et ses descendants, idées qu'Horace exprimait au début de son ode sixième, aux Romains, en ces termes :

Delicta majorum immeritus lues, Romane,

et qui trouva faveur dans notre ancien Droit français.

Que si l'on recherche quelles étaient les justes causes d'omission ou d'exhérédation, on observera qu'en principe, jusqu'à Justinien, l'appréciation des juges fut souveraine.

Quant au fardeau de la preuve, il était, sans nul doute, à la charge du *querelans*. Les prétentions de ce dernier ne tendaient, en effet, à rien moins, qu'à faire reconnaître la démence du testateur; or cette flétrissure posthume ne pouvait être infligée à la mémoire du *de cuius* avant que le plaignant n'eût prouvé l'iniquité de l'exhérédation.

SECTION II

Inexistence d'autres voies de recours.

La fiction qui sert de base à la plainte d'inofficiosité, sa nature qui participe de l'*actio injuriarum*, démontrent suffisamment que ce recours ne doit être employé qu'à défaut de tout autre. En conséquence, l'adrogé impubère exhérédé ne peut réclamer que la quarte Antonine au moyen de l'action *familiæ erciscundæ utilis*. (L. 8, § 15, *h. t.*)

De même, au cas d'omission par leur père, le fils émancipé, d'un côté, la fille et les petits-enfants de l'autre, étant appelés, le premier à la *bonorum possessio contra tabulæ*, les seconds au *jus accrescendi* spécialement créé pour eux, ne peuvent, par cela même, invoquer la *querela*.

Nous devons rappeler, cependant, que si, à l'inverse, un père émancipateur *contracta fiduciâ* était omis par son fils, il pouvait négliger la *bonorum possessio contra tabulæ*, et employer la *querela*. Il n'était donc pas tenu aux mêmes ménagements que le fils. Bien plus, il y avait un cas où l'enfant omis dans le testament de son père ou de son aïeul paternel, pouvait exercer la plainte. Justinien, en effet, nous apprend que Marcien l'accordait parfois à l'enfant donné en adoption et passé sous silence par son père naturel. (L. 10, pr. C., *De adopt*, VIII, 48.)

Enfin, par une nouvelle dérogation aux principes, si le testament présentait simultanément plusieurs causes d'infirmité et pouvait être attaqué, à la fois, comme *irritum*, *ruptum* et *inofficiosum*, Ulpien affirme que l'enfant pouvait choisir la voie qui lui plaisait : « *Conditio ei deferri debet utrum prius movere volet* » ; ce qui ne peut s'expliquer assurément que par cette considération que la plainte d'inofficiosité laissait valoir certaines dispositions qui, si l'on eût employé toute autre action, auraient suivi le sort du testament. Cependant cette anomalie, qui était sans

doute devenue possible sous le droit classique, par suite de l'absence d'un texte formel consacrant, d'une manière générale, la règle suivant laquelle la *querela* devait être regardée comme une action subsidiaire, dut disparaître, selon toute probabilité, au temps du Bas-Empire, où Justinien déclara nettement que les enfants ne pourraient intenter la plainte d'inofficiosité que si « *nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt.* » (Confr., l. 8, § 12, *D. h. t. et Instit.* II, § 2.)

SECTION III

Absence de légitime au profit des ayants droit.

La légitime est une portion de biens que la loi, par esprit de conciliation entre le droit de propriété et les devoirs imposés à l'homme par les liens du sang, soustrait à la libre disposition gratuite du *paterfamilias* en faveur de ses plus proches parents.

Suivant Claude de Ferrière (*Jurisprudence du Code*), l'on discutait vivement autrefois sur l'origine de cette institution. Cujas enseignait qu'elle fut imaginée par Marc-Aurèle (*Observat.* 14, 8). Mais cette opinion était erronée, car il ressort d'un passage de Pline le Jeune (Epist. V. 1) que la légitime était en vigueur de son temps; et c'est pourquoi sans doute le grand jurisconsulte parut se rétracter dans ses notes sur les sentences de Paul. Il n'était pas plus exact de penser avec certains interprètes que la légitime avait été établie par la loi Glicia. Car « se peut-il faire, répliquait déjà » Estienne Pasquier (lettre 13, XIX), si elle eût été introduite par cette prétendue loi Glicia que quelque auteur » n'en eût pas parlé? J'ajousterai que s'il en eût été quelque » chose, il est grandement vraisemblable que Justinien ré- » citant l'origine des quarte falcidie et trébellianique eût aussi » fait glisser ce mot de la loi Glicia et de la quarte légitime » deue aux enfants.... Partant mon opinion est que s'in-

» sinna peu à peu l'opinion de la légitime, non par la loi ex-
» presse des Romains, ains par une louable coutume à la-
» quelle ils furent instigués et semonds par les consultations
» et advis des jurisconsultes. »

Telle est, en effet, la véritable opinion. Que si l'on recherche maintenant le but de cette institution on reconnaîtra que, dans le principe, le chiffre des biens que le testateur devait laisser à ses proches parents, en vue d'écarter la *querela*, étant indéterminé et abandonné à l'appréciation souveraine des Centumvirs, il en résultait un grave inconvénient, soit pour les testateurs qui étaient rarement certains que leurs dispositions échapperaient à la *querela*, soit pour les héritiers naturels qui couraient le risque d'être déboutés, moyennant la preuve d'une libéralité même illusoire par eux reçue du défunt. La justice exigeait donc à ce sujet une fixation légale et invariable. Aussi, dès le règne de Trajan, le taux de la *portio debita* fut-il fixé au quart des biens composant le patrimoine du *de cuius* à son décès. Que si l'on demande en vertu de quelle considération la légitime fut fixée au quart, nous répondrons qu'il paraît plausible de conjecturer que les Prudents ne voulurent point, tout en rendant hommage à l'*officium pietatis*, accorder plus de faveur à l'enfant dépouillé par le père qu'à celui qu'il avait institué. Celui-ci pouvait être réduit au quart, de par la loi Falcidia; les jurisconsultes crurent logique de restreindre au quart les prétentions des légitimaires.

Ce qui démontre, d'ailleurs, à l'évidence, que la légitime fut calculée sur la Falcidie, c'est, d'une part, l'emploi fait, dans les textes, des expressions *quarta Falcidia* (l. 5, § 3 et 5, C. ix, 8; l. 31, C. h. t.; *Fragment. Vatic.*, § 281); pour désigner la légitime, et, d'autre part, l'application en notre matière des règles de calcul adoptées pour la quarte Falcidie. La détermination de la légitime était, en effet, soumise aux deux règles suivantes :

a. Elle ne devait avoir pour objet que le quart des

biens formant le patrimoine du testateur à son décès.

b. Elle portait sur l'actif net duquel on déduisait, par faveur pour la liberté, la valeur des esclaves affranchis par testament. (Paul, iv, 5 § 6.)

Nous devons insister sur chacun de ces principes. Puis nous compléterons nos explications : 1° par la double théorie de l'imputation et de la computation des légitimaires ; 2° par l'étude non moins délicate de la nature de la légitime.

§ 1

Détermination proprement dite de la quarte légitime.

La légitime, avons-nous dit, consistait dans le quart des biens constituant la succession du *de cuius*.

Très certainement, on regardait comme faisant partie du patrimoine extant au décès l'ensemble des biens corporels ou incorporels laissés par le défunt, à l'exception, bien entendu, de ceux qui n'avaient aucune valeur réelle lors de l'ouverture de la succession, et, par exemple, des créances sur une personne insolvable, que l'on ne pouvait raisonnablement voir revenir à meilleure fortune. On devait, du reste, tenir compte des créances que le défunt avait sur son héritier. Il est vrai que, dans cette hypothèse, il y a confusion, mais il ne faut voir là qu'un pur fait qui ne peut nuire aux tiers, intéressés à se prévaloir de l'existence de la dette. Quant aux créances conditionnelles, litigieuses ou d'une solvabilité douteuse, elles doivent être comprises dans la masse pour leur valeur réelle à l'époque du décès. Mais Gaius, qui constate ce mode de calcul, observe en même temps l'incertitude et les difficultés de cette estimation. Aussi conseille-t-il de considérer dès à présent le débiteur comme tout à fait solvable ou tout à fait insolvable. En effet, si les légataires consentent à garantir par des cautions la solvabilité contestée du débiteur, les légitimaires ainsi pro-

tégés contre toute chance d'insolvabilité, ne pourront se refuser à tenir compte de la valeur totale de la créance. Réciproquement, si les légataires fournissent des cautions suffisantes pour garantir aux légataires que, le cas échéant, il leur sera tenu compte dans la proportion de la masse disponible du paiement opéré par les débiteurs dont la solvabilité est contestée, ils pourront faire abstraction de la créance douteuse. (L. 73, § 1, D. *Ad Leg. Falcid.*, XXXV. 2.)

Que, si le défunt a laissé une créance corréale, on doit distinguer. S'il y avait société entre son *correus* et lui, elle figure pour moitié; dans le cas contraire, on la traite comme une créance conditionnelle, attendu qu'elle doit profiter pour le tout à celui des créanciers qui en touchera le montant.

On doutait autrefois, si l'on devait comprendre dans la masse les biens qui n'appartenaient pas au défunt, mais qu'il avait possédés avec toutes les conditions requises pour en commencer la prescription. Roussilhe soutenait la négative. Mais la solution contraire a prévalu, tant à cause du caractère rétroactif de la prescription (l. 16. D., *De Fundo dotali*), que sous l'influence de cette idée, que la possession du défunt faisait partie de sa succession, c'est-à-dire devait figurer parmi les biens existants au décès.

Nul doute aussi que l'on doive, pour la supputation de la légitime, tenir compte du bien qui est rentré dans le patrimoine de l'héritier en conséquence d'un procès intenté par le défunt, comme s'il était trouvé dans la succession, à la mort de celui-ci. Le légataire doit, en effet, avoir sa part dans les droits litigieux, de même que dans les biens qui existent en nature, par application de la maxime : « *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* » (l. 143, V. *Signif.*)

A plus forte raison, les choses léguées, ou formant l'objet de donations à cause de mort, figuraient-elles dans la masse, attendu qu'elles étaient dans le patrimoine du défunt lors du décès (l. 2, C. xxxix, 6). Toutefois, nous

pensons que les legs faits par forme de restitution de vol ou d'usure n'entraient pas dans la masse, si le vol ou l'usure étaient prouvés; dans l'espèce, en effet, les légataires étaient de véritables créanciers. Peut-être même serions-nous fondés à croire que les legs pieux devaient être acquittés intégralement. Paul nous apprend, en effet (l. IV, tit. III, § 3), que l'on déduisait de la masse destinée à fournir la Falcidie les libéralités faites aux Dieux. Or, nous avons posé en principe que le mode de calcul suivi pour la Falcidie était également applicable à la quarte légitime. Une semblable exception, d'ailleurs, ne présenterait rien de surprenant. Déjà, dans l'antique législation de Manou (*Digest. de Colebrooke*, t. II, 170-172), nous voyons que les dons faits à un brahmâne, et dans l'intérêt du culte des dieux, échappent aux réclamations des enfants.

Plus tard, dans notre ancienne jurisprudence française, nous trouverons également consacrée, dans certaines formules, la liberté illimitée de donner aux lieux saints (*quod voluerit*). Cependant, nous repoussons cette opinion : le jurisconsulte romain, nous paraissant avoir eu en vue uniquement les donations proprement dites.

La légitime, avons-nous dit, se calculait sur l'actif net, c'est-à-dire après déduction des dettes et des frais funéraires. Les biens qui étaient substitués dans la personne du défunt n'étaient donc pas sujets à la légitime. (L. 8, C. *Ad Leg. Falcid.*, l. 36, D., *h. t.*) Même décision à l'égard des biens formant l'objet d'une confiscation, car ils étaient censés n'exister plus dans le patrimoine du condamné, devenu débiteur de l'État. Tel était du moins le dispositif de la loi 7, pr. au Dig., *De Bon. Damnat.*, concernant la mère. Mais, par une singularité assez curieuse, ou qui pour mieux dire constitue un témoignage manifeste de la copropriété du père et des enfants, il en était différemment, en principe, à l'égard des biens confisqués sur le père. Nous lisons, en effet, dans la loi 7 *De Bonis Damnat.*, que les enfants d'un condamné

à mort étaient autorisés à prendre dans la succession les portions qui leur avaient été accordées, *portiones concessas*; et la loi 10 du même titre, au Code, nous apprend que ces portions avaient été fixées à la moitié par les empereurs Théodose et Valentinien. Or, nous ajouterons, pour en finir à ce sujet, que Justinien alla plus loin : il ordonna, par sa nouvelle 8, que la confiscation n'aurait plus lieu sur les condamnés qui laisseraient des enfants, ou même des parents collatéraux jusqu'au troisième degré, à moins pourtant qu'il ne fût question du crime de lèse-majesté; auquel cas il voulut que les anciennes lois fussent intégralement maintenues.

La dernière déduction qui doit être faite a pour objet la valeur des esclaves affranchis par testament, théorie injuste assurément, car, bien qu'elle ait été inspirée par cette considération que les legs de liberté sont non-seulement favorables, mais encore indivisibles, ne prouvait-on pas ici, comme en matière d'affranchissements fidéicommissaires contenus dans un testament rescindé par la *querela*, admettre que les esclaves ne pourraient conserver la liberté qu'à la charge de payer au légitimaire leur valeur estimée à 20 sous d'or (L. 5, D., *h. t.*)? Nous convenons, il est vrai, que ce résultat ne présentait aucun danger dans certains cas. C'est ainsi que, si l'institué était un *extraneus*, il répudiait l'hérédité, et les legs de liberté tombaient avec le testament. Ainsi en était-il encore, dans le cas où le légitimaire avait été institué lui-même, mais était un ascendant, un frère ou un descendant *sui juris*. En effet, il refusait de faire adition, le testament tombait donc et avec lui les affranchissements; puis, l'ascendant ou l'enfant *sui juris* se présentait à la succession légitime sans avoir à redouter l'application de l'édit du préteur, qui défendait aux héritiers légitimes institués par leurs proches de se soustraire aux charges du testament en répudiant la succession, car le fils n'avait point renoncé en fraude des

libertés léguées, mais simplement en vue d'échapper aux embarras d'une succession compliquée dont son père l'avait frauduleusement investi, afin de lui donner un titre vide d'effet. Mais bien différente était la situation du fils institué, s'il était *in potestate*. Car, outre qu'il ne pouvait intenter la *querela*, il était héritier nécessaire et, par suite, les affranchissements devaient sortir leur plein et entier effet. Il faut avouer qu'Auguste, par la loi Furia Caninia, avait décidé qu'on ne pourrait plus affranchir par testament qu'un certain nombre d'esclaves, proportionnel à celui qu'on possédait. Mais cette innovation ne concernait que ceux-là seuls qui avaient plus de deux esclaves ; celui-là donc qui n'avait qu'un ou deux esclaves, pouvait, en les affranchissant, violer impunément l'*officium pietatis* : or, si l'on observe que Justinien abrogea la loi Furia Caninia, on comprend sans peine que, dès lors, comme sous la République, les droits des légitimaires furent, jusqu'à un certain point, méconnus.

Au reste, les règles que nous avons exposées dans cette section étaient applicables, d'une manière générale, aux ayants droit, sans qu'il y eût à tenir compte des différences d'âge chez les enfants : la loi romaine n'admettait point, en effet, le droit d'aînesse (*Contra Fust de Coulanges, oper. cit.*) ; c'était là une imitation sage de la législation athénienne (Démosthènes, *pro Phormos*, §§ 34, 35), qui, à la différence de la loi hébraïque (Genèse, XXVII, 39) et du droit hindou (Manou, IX, 105), n'avait point consacré légalement le privilège de l'aîné et se bornait à permettre des avantages préciputaires.

§ 2

De l'imputation. — Légitimaires qui faisaient nombre.

A. — Tout ce que l'héritier naturel avait reçu du défunt par libéralités de dernière volonté était imputable sur la légitime (l. 30. C. *h. t.* ; l. 8 § 6, D. ; l. 35, C. *h. t.*). On

peut ajouter que peu importait la façon dont le légitimaire était rempli de sa quarte. Ulpien refusait, en effet, la *querela* à un enfant qui avait été institué pour une part plus considérable que la quarte sous la charge d'un fidéicommiss qui devait s'ouvrir dans les dix ans du décès du testateur, par ce motif qu'en joignant les fruits qu'il percevrait, pendant cet intervalle, à la Trébellianique, il se trouverait récompensé de sa légitime (l. 8, § II: D. h. t.).

A l'inverse, les donations entre-vifs reçues par le légitimaire étaient considérées comme un avantage indépendant de la quarte, à moins (à partir d'Alexandre Sévère) que l'héritier privilégié n'intentât la *querela Donationis* (l. 2 *in fine* C. Grégor. h. t. VI. 3.). Cette décision, fondée sur la logique, attendu que la légitime, suivant les principes, devait se composer uniquement des biens héréditaires, était, il est vrai, repoussée par Ulpien (l. 25. h. t.) pour le cas où le donateur avait formellement exprimé que telle était son intention. Mais cette solution était combattue par Papinien (l. 16, *De Suis et leg*, 38. 16) et Paul (Sent., IV. 5. § 8.) dont l'opinion déjà consacrée par Alexandre Sévère prévalut sous le Bas-Empire par cette considération que la renonciation du légitimaire à la *querela* serait le plus souvent inspirée par la crainte révérentielle.

B. — Bien plus délicate est la théorie de la computation des légitimaires. Point de difficulté, sans doute, au point de vue de ceux qui, institués par le *de cuius*, venaient faire adition. Point de difficulté également à l'égard des enfants indûments déshérités qui réclamaient leur légitime. Enfin, nul doute que l'enfant qui avait reçu *mortis causa* sa quarte devait être compté. Mais c'est une question fort grave de savoir si le renonçant et l'exhérédié pour justes causes devaient faire nombre.

Au point de vue des renonçants la négative nous paraît découler à la fois du bon sens et des textes.

— Du bon sens, car, comme l'observait le jurisconsulte romain : « *Quo bonum est eis favere, ut partem faciant nihil habituris?* » (l. 10 §. 4. de *Bonorum possessio*. C. t.)

— Des textes, car Paul l'affirme : *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti partem non facit iis qui eandem querelam movere volunt.* (l. 17. h. t.) La loi 23 § 2 n'est pas moins décisive. Elle porte, en effet, que si la *querela* a été intentée par deux enfants, le désistement de l'un profite à l'autre qui a poursuivi et triomphé. Même décision, ajoute Paul, pour l'hypothèse où l'un des enfants aurait eu la négligence de laisser prescrire son droit. Evidemment donc en présence de textes aussi formels, que conclure sinon que le renonçant ne doit point faire part?

Et l'enfant exhérédé *justa causa* doit-il être compté? Pas davantage. Car, Ulpien l'atteste, (l. 1. § 5. De *Conjung. cum emancip.* XXXVIII, 8.), *exheredatus pro mortuo habetur*. Justinien n'est pas moins explicite. Il assimile, en effet (*Instit.*, h. t. VII. §. 3), la personne qui n'a point d'enfants à celle qui a légitimement dépouillé ceux qu'elle avait : « *Cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint...* ». Or, il est indubitable que l'on doit faire abstraction pour le calcul de la quarte de l'enfant prédécédé.

Et qu'on n'objecte point qu'il est impossible d'appliquer, en semblable hypothèse, le droit d'accroissement *nam juri accrescendi locus dari non potest, nisi ab initio utriusque querela competierit*. Est-ce qu'en effet nous invoquons à l'appui de notre système les principes de l'accroissement? Non certes. Ce n'est pas en vertu du *jus accrescendi* que les légitimaires profitent de l'exhérédation de leur frère omis, mais bien par suite de la réduction du nombre des ayants droit et en conséquence de l'éloignement d'un fils qui aurait été compté s'il n'avait été à juste titre écarté de la succession.

On insiste cependant et l'on nous oppose la loi 8 § 8. D.,

h. t. « Videndum erit, dit Ulpien, an exheredatus partem faciat qui non queritur : ut puta sumus duo filii exheredati : et utique faciet ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo sed dimidiam petere. »

On peut répondre que la loi 8 s'occupe d'un enfant exhéredé sans juste cause et qui pouvant intenter la *querela* ne l'a point encore fait, en sorte que les mots *non queritur*, sont synonymes des expressions *nondum queritur*, de même que, dans le titre *si pars hereditatis petatur* (l. 2), nous trouvons les mots *non adierint* employés pour *nondum adierint*. Notre point de vue a beau paraître puéril à nos adversaires, il n'en est pas moins vrai qu'ainsi interprétée la loi 8 § 8 est en parfaite harmonie avec l'ensemble des textes de notre matière.

Au surplus, une seconde explication peut être présentée; notre texte, pourrait-on dire encore, prévoit l'espèce suivante : un père exhéredé ses deux enfants, mais laisse à l'un d'entre eux sa légitime. Ceci posé, voici quelle est la pensée d'Ulpien. D'une part, le légitimaire qui a reçu sa quarte ne pourra se plaindre *quoniam quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam*; d'autre part, l'enfant que le *de cujus* a totalement dépouillé, *sine causâ*, sera admis à la *querela*, sans aucun doute; mais il ne viendra à la succession *ab intestat* que pour moitié (*non totam hereditatem sed dimidiam*), car son frère a reçu la contre-valeur de sa part dans l'hérédité dont il s'agit. Il est donc inadmissible de prétendre que, d'après Ulpien et Papinien, l'exhéredé *justâ causâ* doit être compté pour la fixation de la quarte.

§ 3

Nature de la légitime.

Fallait-il considérer la *portio debita* comme une quote des biens (*quota bonorum*), ou devait-on, au contraire, la re-

garder comme une portion héréditaire (*pars hereditatis*) ? La controverse est vive. L'intérêt est d'ailleurs considérable. Si, en effet, la légitime est une portion de l'hérédité, il est nécessaire de se porter héritier pour y prétendre, et de plus, comme conséquence forcée, le légitimaire sera tenu *ultra vires*.

La majorité des anciens interprètes regardait la légitime comme une quote des biens. Ils rappelaient tout d'abord que, sous le droit classique, la légitime pouvait être laissée *quovis titulo*; ils invoquaient en outre cette considération que, aux termes de la loi 8, § 9, D., *h. t.*, la légitime devait être prise non point sur l'hérédité, ensemble d'actif et de passif, mais bien sur l'actif net auquel est spécialement réservé le nom de *biens*. Ils ajoutaient qu'il était inexact de penser qu'au temps classique le légitimaire qui n'avait pas sa quarte était invariablement réduit à intenter la *querela*; que, au contraire, le légitimaire exhérédé ou omis qui avait reçu *mortis causâ* une partie de sa quarte, pouvait, suivant le témoignage de Paul, opter entre la *querela inoff. Test.*, sorte de pétition d'hérédité et l'action supplétoire, véritable *condictio ex lege*, qui supposait uniquement la qualité de créancier; que, d'ailleurs, fût-il prouvé que, sous le droit classique, la *querela* était la seule action possible, on ne serait pas mieux fondé pour cela à qualifier la légitime de *pars hereditatis*; car le légitimaire ne demandait point sa quarte par la *querela inofficiosi testamenti*, mais plutôt une peine pour celui qui avait méconnu l'*officium pietatis*, savoir, la rescision du testament et, par suite, l'ouverture de la succession *ab intestat*; que, enfin, si la quarte était présentée par certains textes comme une portion de la part qu'aurait prise l'enfant dans la succession *ab intestat*, *portio portionis ab intestato debita*, c'était uniquement parce que la légitime était pour l'enfant la contre-valeur d'une portion des droits qu'il aurait eus à prétendre *ab intestat* : ce qui explique l'emploi bien plus fréquent des expressions

bonorum partem (l. 6. C., h. t.) et *debitum bonorum subsidium* (l. 5. C., *De Inoff. donat.* Sic : Fachinée, liv. XII, ch. IV et Voët, h. t.).

Cette interprétation nous paraît décisive. En vain les partisans d'un système éclectique, autrefois accrédité par Vinnius (*Select. jur. quæst.*, 1. 22), objectent-ils la nécessité d'user de distinction et de repousser l'opinion de Voët pour le cas où le légitimaire a été institué. Nous répliquons que si, en semblable hypothèse, le légitimaire est regardé comme continuateur de la personne du défunt, il est rationnellement impossible de nier que ce soit le titre de successeur testamentaire et non le droit à la légitime qui lui donne la qualité d'*heres* !

Enfin une dernière considération nous détermine, c'est que la loi romaine n'avait point consacré de réserve ; ce qui a fait dire à M. Ragon (*Théorie de la rétention et de l'imputation*.....) que c'était le disponible qui payait la légitime. Or, outre que les enfants ne pouvaient, d'un côté, prétendre invariablement recueillir leur quarte à titre de portion indisponible dans la succession *ab intestat*, ils n'avaient point droit acquis, d'un autre côté, à une institution quelconque. Et comme c'est une règle hors de toute controverse, que celui-là seul a la qualité d'héritier, qui prend part à une succession soit *ab intestat*, soit en vertu d'une institution testamentaire, nous persistons à soutenir la doctrine de Voët.

Au surplus, quel que fût le caractère de la légitime, il est facile de comprendre qu'à raison du but de cette institution, il était de règle, à Rome, que le *de cujus* n'avait pu valablement diminuer la quarte par quelque disposition que ce fût, en retarder le paiement jusqu'à une époque déterminée ou le subordonner à l'avènement d'une condition quelconque. Toutefois la plainte d'inofficiosité était logiquement refusée au légataire, auquel la quarte avait été laissée sous une condition évidemment apposée en sa faveur. C'est ainsi

qu'aux termes de la loi 25 C. *De Inoff. test.*, III, 28, l'institution faite par la mère au profit de ses enfants, sous cette condition *si filii a patre fuerint emancipati*, était valable lorsque la mère avait de justes alarmes sur la prodigalité et la mauvaise conduite de son mari. A l'égard du terme, la rigueur des principes était également tempérée par l'équité, suivant les circonstances. Ulpien supposant qu'une personne, dont la légitime ne dépassait pas le sixième des biens du testateur, a été instituée pour une moitié, sous la condition de restituer l'hérédité au bout de dix ans, se demande si l'institué doit être admis à intenter la *querela* ; et il répond négativement, par ce motif que la valeur des fruits perçus jusqu'à l'expiration des dix années, sur la portion de l'hérédité qui ne lui était pas due, suffirait à compléter sa quote amoindrie par le terme. C'est sous le bénéfice des mêmes considérations que nous devons déclarer valable la substitution de la légitime, lorsqu'elle est réciproque entre les légitimaires. En effet, dit Pothier, le légitimaire n'est plus censé être grevé ; la réciprocité d'un semblable fidéicommiss ne permet pas de le regarder comme une charge.

Quant à la substitution pupillaire, elle ne pouvait certainement pas être critiquée par l'impubère, du moment que, par ce moyen, le père avait eu pour but unique de pourvoir à ce que son fils mourût *testat*. Enfin, la substitution de la légitime était permise dans le cas d'exhérédation officieuse. Si un père a le malheur d'avoir un fils prodigue, dit la loi 16, § 2. D. *De Curatoribus*, il a la faculté de le déshériter en faveur de ses petits-enfants, pourvu, bien entendu, qu'il lui laisse des aliments.

Nous connaissons maintenant la légitime ; il va de soi que, lorsque le *de cuius* avait eu la précaution de laisser à l'héritier naturel le quart de la portion qu'il aurait eue *ab intestat*, la plainte était écartée. Mais nous ne croyons pas, avec M. Laferrière, « que l'institué était libre d'offrir la

quarte aux enfants pour écarter la *querela* » ; sans doute, Paul nous dit d'une manière générale : « *quarta præstanda est ut querela excludatur.* » Mais, plus que probablement, il faut penser que le jurisconsulte romain fait ici allusion au droit du testateur et non à celui des héritiers.

Ceci admis, *quid juris*, si nous supposons que l'héritier exhéredé ou omis par le testateur, après avoir reçu à titre de legs un fonds équivalent à sa quarte, vient à subir plus tard une éviction ? Devra-t-on lui permettre de se retourner contre l'institué par la plainte d'inofficiosité ? La réponse à cette question dépend intimement de la solution donnée à celle-ci : le legs de la chose d'autrui était-il valable à Rome ? Or, il nous faut distinguer à ce sujet trois époques. Dans le très ancien droit, le legs de la chose d'autrui était valable s'il avait été fait *per damnationem*. Conçu de toute autre manière, le legs de la chose d'autrui était radicalement nul. Mais le sénatus-consulte Neronien décida que tout legs, nul à raison seulement de l'impropriété de la formule, vaudrait désormais comme legs *per damnationem*. Nul doute donc qu'à partir de cette époque, le legs de la chose d'autrui fut toujours considéré comme valable. Remarquons, toutefois, qu'à la distinction arbitraire anciennement admise, les jurisconsultes de l'époque classique en substituèrent une nouvelle qui, pour être moins bizarre, n'était guère plus satisfaisante, au point de vue pratique : Le législateur a-t-il su ou a-t-il ignoré que la chose léguée n'était pas la sienne ? Dans le premier cas, le legs est valable : l'héritier est donc obligé d'acquérir la chose pour en transférer le *dominium* au légataire ou de lui en donner la valeur, si le propriétaire refuse de vendre à des conditions raisonnables. Dans le second cas, le legs est nul : on présume que, si le *de cuius* avait été bien renseigné, il se serait gardé d'imposer à son héritier la charge d'un déboursé, peut-être considérable : « *Sunt enim*, dit Papinien, *magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis*

heredibus faciliores voluntates. » Aussi, une exception fut faite par Alexandre Sévère à cette distinction du droit classique. Le legs vaut toujours, dit la loi 10 au Code, *De Leg.*, VI. 37, s'il a été fait au conjoint, à un proche parent, ou à toute autre personne, telle que probablement le testateur l'eût gratifiée nonobstant la certitude acquise qu'il n'était pas propriétaire : « *et si scisset rem alienam esse.* »

D'après cet aperçu touchant le legs de la chose d'autrui, à Rome, il est facile de résoudre la question de savoir si le légataire évincé pouvait attaquer le testament par la *querela inofficiosa*. Oui, dirons-nous, avant le sénatus-consulte Néronien, si le legs avait été fait autrement que *per damnationem*. Il est vrai que s'il avait cru léguer sa propre chose, on ne pouvait lui reprocher d'avoir méconnu l'*officium pietatis*. Mais, plus que probablement, on accordait encore ici la *querela* à l'héritier naturel, car nous connaissons déjà plusieurs espèces où les jurisconsultes la permettaient à des enfants, que le *de cuius* ne pouvait être raisonnablement accusé d'avoir volontairement offensé par ses dernières dispositions. Que, si le legs avait été fait *per damnationem*, la *querela* était, au contraire, refusée. Elle le fut donc dans tous les cas, sous le sénatus-consulte Néronien. Après la constitution d'Antonin le Pieux, il fallut distinguer si le testateur avait su ou ignoré que le fonds par lui légué appartenait à autrui. Au second cas, seulement, la *querela* était possible. Inutile d'insister, d'ailleurs, sur les inconvénients pratiques et les nombreux procès que dut susciter une pareille théorie. Car, comment savoir précisément quelle avait été l'opinion du testateur ? Et n'y avait-il pas quelque injustice à ériger en présomption légale cette idée passablement étrange que le *de cuius* ignorait la consistance de son patrimoine et à obliger l'héritier naturel par application de l'adage : « *Actori incumbit probatio,* » de prouver que le testateur avait réellement cru léguer sa propre chose ? Quoi qu'il en soit, à partir d'Alexandre Sévère (*il parait*

*résulter cependant des termes de la loi 36, pr. C. h. t., que Justinien abrogea la constitution 10 au Code), la plainte d'inofficiösité ne fut jamais admise et le légitimaire était réduit à une action personnelle par laquelle il pouvait demander l'exécution du legs. Il était donc prudent de sa part de faire intervenir, s'il était possible, l'héritier institué dans le procès en revendication. Sans cela la sentence aurait été, pour ce dernier, *res inter alios judicata*, et un nouveau procès eût été nécessaire entre l'institué et l'héritier du sang, dans lequel celui-ci aurait dû prouver pour triompher qu'on lui avait légué le fonds d'un tiers.*

Nous venons de supposer le cas d'une éviction. *Quid juris*, dans l'hypothèse d'un testament dont l'ensemble des legs, y compris celui de la quarte légitime, excède les trois quarts de l'hérédité ? Comment se fera la déduction de la Falcidie ? Sera-t-elle possible à l'égard du legs de la quarte ? Oui, évidemment, s'il est reconnu, sans aucun doute, que l'héritier naturel, à raison de son indignité, ne pourrait intenter la *querela*, au cas d'omission ou d'exhérédation. Non, dans le cas contraire, de crainte (l. 36, C. pr. h. t.) qu'en voulant retenir la Falcidie, l'institué ne perde toute l'hérédité. A moins donc d'une transaction avec le légitimaire, il évitait de faire porter la réduction sur la chose léguée à ce dernier. Toutefois, comme en agissant ainsi, pour éviter la rescision du testament, il avait suivi, tant l'intérêt des autres légataires que le sien propre, ceux-ci devaient l'indemniser de la perte qu'il éprouvait, au *prorata* de leur part et portion dans le bénéfice qu'ils retiraient du testament

SECTION IV.

Obtention préalable de la *Bonorum possessio*.

Nous avons déjà fait observer que l'héritier naturel ne pouvait, dans certains cas, être admis à la *querela inofficiösi*

testamenti, qu'après avoir obtenu tout d'abord la *bonorum possessio*. Certains auteurs, d'après Pérézius, prétendent que la demande d'une investiture prétorienne était toujours obligatoire si le légitimaire lésé n'était pas du nombre des *sui*. Lorsque, disent-ils, le *querelans* était héritier sien, il avait la saisine légale et pouvait, par suite, agir utilement en cette seule qualité, mais tous ceux qui n'étaient pas dans la classe des héritiers siens, devaient, avant d'être admis à la plainte, faire reconnaître par le préteur qu'ils remplissaient la première des conditions d'admissibilité, à savoir qu'ils étaient héritiers appelés à la succession *ab intestat*, et ils demandaient au préteur, comme signe de leur admissibilité, une investiture fictive de la succession, subordonnée comme résultat affectif au triomphe de leur action. Si, en effet, ces héritiers avaient été reçus à exercer la plainte avant d'avoir rempli cette formalité, la chute du testament aurait entraîné la vacance de l'hérédité; de plus, il aurait fallu une nouvelle action pour mettre le *querelans* en possession; enfin, ce dernier aurait pu échouer sur ce dernier recours, ce qui aurait rendu les poursuites inutiles, du moins à son égard.

Il convient d'avouer, sans doute, que, au premier aspect, la loi 7 D., *h. t.*, semble confirmer la doctrine de Pérézius; « *Ponamus*, dit en effet le jurisconsulte Paul, *in potestate fuisse eum ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit.* » Nous ne croyons pas cependant qu'il soit permis d'en conclure que, dans la pensée de Paul, tous les légitimaires autres que les héritiers siens fussent tenus avant d'intenter la *querela* d'obtenir la *bonorum possessio*. Ce jurisconsulte était, en effet, dans la loi précitée, bien loin de vouloir poser un principe général; il avait simplement en vue le droit des enfants à la succession de leur père, droit qui était, il est vrai, subordonné, quant à sa réalisation, à l'obtention de la *bonorum possessio*, s'ils étaient héritiers externes; mais, par un motif bien simple, c'est que, en pareil cas, les enfants se présentaient *jure*

honorario. Nous persistons donc à penser que la nécessité d'une *bonorum possessio* préliminaire incombait à ceux-là seuls qui tenaient du droit honoraire leur vocation successorale; comment pourrait-on, en effet, sérieusement y soumettre, également par cela seul, qu'elle n'était pas du nombre des *sui*, toute personne qui arrivait à la succession en vertu du Droit civil, si l'on se rappelle que la théorie des *bonorum possessiones* est une création prétorienne? Ne voit-on pas d'ailleurs que les inconvénients qu'on signalait, il n'y a qu'un instant, sont impossibles au point de vue des héritiers du Droit civil, quels qu'ils soient, leur droit se trouvant à l'abri de toute discussion?

Nous repoussons également l'opinion d'après laquelle la *bonorum possessio* que nous examinons, ne pouvant être regardée comme faisant partie, soit des *bonorum possessiones ex testamento*, attendu que le demandeur est exclu par le *de cuius*, soit des *bonorum possessiones ab intestato*, puisque, dans notre hypothèse, il existe un testament valable, *recte quidem fecit testamentum*, doit être considérée comme formant une institution tout à fait spéciale, et désignée sous le nom de *bonorum possessio litis ordinandæ gratiæ*. Ce système suppose, en effet, ce qui est précisément en question, savoir : la validité du testament que l'héritier du sang se propose de critiquer et de faire regarder comme non avenu. A notre avis donc, le légitimaire qui voudra faire prononcer la nullité des dernières dispositions du *de cuius*, pour arriver ensuite, *jure prætorio*, à sa succession *ab intestat*, devra se borner à invoquer celle des *bonorum possessiones ab intestato*, qu'il aurait réclamée en l'absence de testament.

Quant au caractère et aux effets de cette possession de biens, et en général de la position faite au *querelans*, *pendente lite*, ils nous sont indiqués incidemment par le jurisconsulte Scévola, qui fait ressortir, dans l'hypothèse d'un enfant, qui ayant été désavoué, puis exhérité par son père, désirait obtenir la *bonorum possessio carboniana*, les différen-

ces de cette dernière possession et de celle dite dans certains textes *bonorum possessio quæ agnoscatur litis ordinandæ gratiâ*. La première, dit le jurisconsulte, donne à l'héritier, dont la qualité est contestée, la possession provisoire des biens héréditaires, lui fournit des aliments, et empêche que le fait seul des poursuites élevées contre lui, ne lui soit préjudiciable : « *ut interim, et possideat et alatur, et actionibus præjudicium non patiatur.* » La seconde, au contraire, ne permet au titulaire que la réclamation de l'hérédité ; il ne peut intenter aucune autre demande, eût-elle pour objet des aliments : « *nec actiones movere debet, nec aliam ullam quam hereditatis petitionem...* » (Scævola, l. 20, h. t.)

CHAPITRE VI

Effets de la Querela.

La *querela* a été intentée ; quelles vont être les conséquences, soit de son rejet, soit de son admission ?

I. — Résultat du triomphe de la *querela*. *Quid juris*, au cas de triomphe partiel ? *Quid*, au cas de triomphe total ?

A. *Triomphe total*. — Si la sentence a été défavorable au testament, dit Ulpien, il est annulé, et la dévolution de l'hérédité s'opérera d'après les règles des successions *ab intestat*, *nam intestatum patremfamilias facit*. Il faut donc se garder de dire, avec M. Laboulaye (*Propriété Fonc. en Occident*), que la plainte d'inofficiosité fut « l'introduction de la succession *ab intestat* dans la succession testamentaire. » Le moyen de voir, en effet, une fusion, là où règne, au contraire, une incompatibilité absolue ?

Le principe de la rescision totale souffrait cependant des exceptions, soit à l'égard des legs, soit à l'égard des affranchissements testamentaires. Nous trouvons une première

dérogação dans les lois 27 § 4 et 28. D., *h. t.* que nous avons déjà eu l'occasion de signaler.

Les affranchissements et les legs étaient encore maintenus dans le cas où la *querela* avait réussi, sur le défaut de l'institué. En pareille hypothèse, les jurisconsultes romains crurent devoir s'écarter du principe arbitraire qui subordonnait toutes les dispositions testamentaires à l'institution pour consacrer cet autre principe beaucoup plus rationnel qui restreint entre les parties en cause l'autorité de la chose jugée. Ils ne considéraient donc pas les légataires et les esclaves affranchis comme représentés par l'héritier testamentaire; et c'est en ce sens que nous devons entendre la loi 17 § 1. D., dans laquelle Paul nous fait observer que, dans notre espèce, le juge ne fait pas le droit : « *Hoc casu non creditur jus ex sententiâ judicis fieri.* » Quant aux affranchissements fidéicommissaires ils restaient toujours valables nonobstant la rescision du testament : *Quoniam*, disait *Cujas* (*recit. absolut. h. t. ad. lg. 8. § 16.*) *sunt in præstatione*; mais, aux termes de la loi 9. *h. t.* D., les esclaves, objets de cette libéralité, devaient payer au *querelans* vingt sous d'or, prix moyen d'un esclave. (Ulp., l. 26, *h. t.*)

A cette condition, il en était ainsi, ajoute Ulpien, même d'un affranchissement direct, lorsque la *querela* avait été exceptionnellement admise après cinq ans, *ex magnâ et justâ causâ*. (L. 8, § 17, *h. t.*)

Au surplus, n'allons pas croire que la rescision du testament eût un effet rétroactif. Telle eût été, sans doute, la conséquence logique de la maxime célèbre : « *Semel heres, semper heres.* » Néanmoins, les Romains regardaient l'institué comme ayant continué la personne du défunt, depuis l'adition jusqu'à la sentence. Propriétaire intérimaire, il avait pu exercer tous les droits et actions de l'hérédité. Les aliénations ou acquisitions qu'il avait faites, les paiements qu'il avait exécutés, en un mot, tous les actes de disposition

ou d'administration qu'il avait accomplis devaient être pleinement respectés. Si donc les legs avaient déjà été exécutés lors de la rescision, les légataires étaient devenus propriétaires des choses à eux livrées, cela va de soi. Mais à qui appartenait la *condictio indebiti*? Elle appartient, en principe, à celui qui a payé indûment. C'était donc l'institué qui était admis à l'invoquer, et, si les légataires débiteurs se trouvaient insolvable, l'institué éprouvait un préjudice puisqu'il était tenu de fournir le supplément de *suo*. De là, la distinction d'Ulpien.

Le paiement des legs avait-il été fait *post motam controversiam* imprudemment ou de mauvaise foi? C'était l'*heres scriptus* qui devait exercer la *condictio indebiti*, et, s'il avait payé de *suo*, il ne lui était dû aucune indemnité.

Au contraire, le paiement avait-il été fait de bonne foi et *ante motam controversiam*, l'institué n'avait besoin, lors de la rescision que de constituer le demandeur victorieux *procurator in rem suam*, afin de lui permettre, par ce moyen, d'exercer la *condictio indebiti*.

Encore faut-il dire que cette *procuratio in rem suam* ne fut pas nécessaire à partir d'Adrien, qui accorda au légitimaire une *condictio indebiti utilis*. Telle était la distinction d'Ulpien basée, du reste, sur les dispositions du sénatusconsulte Juventien relatif aux possesseurs de bonne ou de mauvaise foi. C'est également en conformité de ce sénatusconsulte que si l'héritier institué avait aliéné un objet héréditaire de bonne foi et avant le procès, il n'était tenu de restituer le prix par lui reçu que *quatenus locupletior factus erat*, tandis que, s'il avait aliéné *post motam controversiam* ou de mauvaise foi, la valeur intégrale et réelle de l'objet aliéné était due au légitimaire. Recherchons-nous maintenant les cas dans lesquels il était possible de reconnaître la mauvaise foi? Nous demanderons-nous tout d'abord, s'il fallait tenir compte ici de l'erreur de fait et de l'erreur de droit ou de la première seulement? Déciderons-nous qu'il

fallait considérer comme étant de mauvaise foi non-seulement celui qui l'avait été *ab initio* mais encore celui qui l'était devenu au cours de l'instance? Les textes sont partagés sur la première question (l. 25, § 6. *De Heredit. petit.* et l. 8. *eod. tit.*). Relativement à la seconde, il résulte de la loi 20 § 11, *De Heredit. petit.*, que celui-là commence à être de mauvaise foi qui a eu connaissance de la demande, soit en vertu d'une *litis denuntiatio*, soit même en conséquence d'une *evocatio litteris vel edicto*. Il était donc prudent, pour l'institué, de ne point aliéner ou détériorer les biens héréditaires dès que son titre était contesté.

Nul besoin d'ajouter, d'ailleurs, que le triomphe absolu de la *querela* ayant pour effet d'ouvrir la succession *ab intestat*, c'était l'héritier le plus proche qui profitait du succès de cette action. Nous devons cependant observer que, par une faveur toute particulière, la chose jugée produisait parfois, en notre matière, son effet *erga omnes* : en effet, si la plainte avait été intentée par une personne dépourvue de vocation et qui néanmoins, faute d'avoir été contredite, avait réussi ; son triomphe profitait à l'héritier légitimaire : *nam intestatum patremfamilias facit*.

b. — *Rescision partielle du testament.* — A première vue, la conséquence stricte et obligée des principes semblerait dresser un obstacle absolu à la rescision partielle. Car quelle est la base des poursuites pour inofficiosité? L'insanité du testateur : or il va de soi que le *de cujus* ne pouvait être à la fois fou et sain d'esprit. D'un autre côté, comment expliquer que, postérieurement au succès de la *querela*, une portion de l'hérédité si minime qu'elle fût restât entre les mains des héritiers institués, de manière à créer pour un *paganus* cette situation interdite à tout autre qu'à un *miles* de mourir partie testat et partie intestat?

Ce résultat cependant n'a rien qui doive nous étonner. Car, d'une part l'insanité du testateur était une fiction

que l'on devait par suite restreindre dans les limites du bon sens et de l'équité; et telle est, sans nul doute, l'idée que Cujas (*Com. ad. Papian. quæst.*, lib. XIV) exprimait, en ces termes : « *Absurdum non est testatorem habuisse partem mentis* » *sanam, aliam insanam, ut simuletur quis furoris pro und* » *parte, non autem pro altera parte.* » D'autre part, il était avéré que la maxime (d'ailleurs quelque peu arbitraire V. Accarias, *oper. cit.*, t. I, p. 752) *nemo partim testatus...* n'avait pas été violée par le défunt. Ce n'est que postérieurement au décès du testateur que les jurisconsultes romains en écartaient l'application, dans certains cas, et faisaient prévaloir l'autorité de la chose jugée. On pourrait voir, à ce sujet, les lois 15 § 2... 24 et 19 *h. t.* Voici l'espèce prévue par cette dernière :

Une mère en mourant laisse deux filles, elle en omet une dans son testament, donne à l'autre le quart de sa succession et les trois quarts à un étranger. La fille omise intente la *querela* et réussit. Paul dit qu'elle aura le droit de prendre dans la succession la portion qu'elle aurait eue *ab intestat*, cependant elle ne pourra se plaindre contre sa sœur, celle-là conservera donc le quart testamentaire qui ne peut lui être enlevé; quant au quart restant, la sœur instituée ne peut le réclamer, car elle succéderait partie *testat* et partie *intestat*, et de plus ayant accepté la succession telle qu'elle était à son égard, le testament doit recevoir son plein et entier effet : ce sera donc l'étranger qui y aura droit. Ce qui surprendra peut-être, c'est la préoccupation de Paul concernant le sort de la fille instituée, mais l'ensemble du texte nous en démontre le motif. Il ressort en effet de la loi 19 *in fine*, que, dans l'opinion de certains jurisconsultes, la fille omise devait être reçue à revendiquer la totalité de la succession, après avoir fait tomber le testament sur le fondement, qu'il fallait respecter la règle *nemo partim testatus....* et que la fille instituée, pas plus que l'étranger, ne devaient être admis au partage de l'hérédité,

doctrine évidemment inique et que, par suite, le jurisconsulte s'efforce de combattre.

Dans le cas de rescision partielle du testament, les substitutions pupillaires étaient maintenues et probablement aussi les nominations de tuteur. Les legs de nature divisible n'étaient dus que pour les parts afférentes aux héritiers testamentaires qui se trouvaient seuls soumis à l'action des légataires et des fidéicommissaires ; pour la part afférente à l'héritier victorieux, ils étaient infirmés. Donc, lors du partage, si le testament contenait un legs *per præceptionem*, au profit de l'un des institués, ce legs était inefficace vis-à-vis du légitimaire, et le juge de l'action *familiae erciscundæ*, ne devait en tenir compte qu'à l'égard des autres cohéritiers. Quant aux legs de nature indivisible, ils étaient d'ordinaire exécutés en argent proportionnellement au chiffre, jusqu'à concurrence duquel était maintenu le testament. Il en était toutefois différemment si l'héritier naturel consentait à l'exécution en nature, auquel cas il devait recevoir des légataires le remboursement de la valeur estimative de la copropriété qu'il avait abandonnée. Ajoutons que, par faveur pour la liberté, les affranchissements étaient maintenus en entier, à la charge par les affranchis d'indemniser, dit Papinien, les plaignants qui ont réussi. Mais ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est une dernière différence assez curieuse entre la rescision totale et la rescision partielle. Si une personne, dit Ulpien, intente, sans droit aucun, la *querela inofficiosi testamenti* et triomphe contre l'un des institués, le testament qui reste valable pour partie, écarte de la succession les héritiers *ab intestat*, de sorte que c'est au demandeur seul que profite le résultat de la rescision (l. 25 § 10. D. h. t.)

II. *Rejet de la querela.* — La *querela* constituant une injure pour la mémoire du testateur, celui qui l'avait intentée et avait été débouté, perdait tout droit aux dispositions contenues dans le testament, en sa faveur, et leur bénéfice

était attribué au fisc comme biens d'indigne. Cependant Ulpien atteste que cette déchéance était épargnée à ceux qui avaient abandonné l'action ou étaient morts avant la sentence. Bien mieux, ce jurisconsulte pensait que le *querelans* échappait à toute peine quand il était absent au moment où la décision du juge avait été rendue. Au surplus la déchéance ne frappait le *querelans* que dans la limite de l'émolument qu'il devait retirer personnellement du testament. Elle n'atteignait donc pas les biens qu'il n'avait reçus qu'à la condition de les rendre. C'est ainsi que si l'héritier légitime ayant été institué héritier à la charge de restituer toute l'hérédité à un tiers, intentait la *querela* et succombait, le fisc n'avait droit qu'à la quarte Pégasienne. Nous devons observer, en outre, que la quarte Antonine ne pouvait être enlevée à l'adrogé impubère exhérédé par l'adrogeant. C'est qu'en effet, suivant l'expression d'Ulpien (l. 8 § 15), la quarte Antonine était moins pour l'adrogé un avantage héréditaire qu'une créance contre le *de cujus* (*as alienum*); c'est aussi que l'adrogeant devait, s'il y avait lieu, procéder, de son vivant, à la punition de l'adrogé, au moyen d'une émancipation dont les *justæ causæ* étaient ~~et~~ contradictoirement appréciées. Enfin il va de soi que l'héritier naturel *querelans* conservait, malgré l'inadmission de la plainte, toute les libéralités qui lui avaient été faites autrement que par le testament dont il n'avait pu établir l'inofficio.

CHAPITRE VII

Causes d'extinction de la *Querela*.

Les causes d'extinction de la *querela* sont la renonciation de l'ayant droit, la prescription, le décès du légitimaire, la fraude de l'exhérédé.

I. *Renonciation*. — La renonciation à la *querela* pouvait, bien entendu, être expresse ou tacite, pure et simple, ou accordée *aliquo accepto*.

Était-elle expresse? il semble qu'il ne devait jamais y avoir de difficulté, le consentement étant donné d'une manière formelle. Toutefois, dans le cas où la renonciation constatée par un écrit émané de l'héritier naturel était insérée dans le testament lui-même, une controverse assez vive avait été soulevée dans le droit classique, à l'effet de savoir si la renonciation était valable ou si, au contraire, elle était nulle comme ayant été consentie sous la pression du *de cuius*. Papinien et Paul soutenaient ce dernier système contrairement à l'avis d'Ulpien. Or, leur opinion prévalut. En effet, Justinien posa en principe qu'un semblable écrit ne ferait perdre désormais le droit d'intenter la *querela*, qu'autant qu'il aurait été fait après la mort du testateur.

La renonciation tacite pouvait résulter de mille circonstances. Elle découlait, par exemple, du fait par le légitimaire d'avoir reconnu à l'*heres scriptus* sa qualité d'héritier, par l'achat ou le louage d'une chose héréditaire. Que si le légitimaire appelé à la succession de la personne instituée dans le testament sujet à la *querela*, faisait adition de cette hérédité nouvelle, il n'en conservait pas moins le droit d'exercer la plainte d'inofficiosité, bien que, dans la succession qu'il avait acceptée, se trouvassent compris les biens formant l'objet du testament inofficieux. Mais, continue Paul, je refuserai la *querela* à l'héritier du sang, dans le cas où l'institué, étant décédé postérieurement à l'adition, et ayant légué une *res hereditaria* au légitimaire, ce dernier aurait consenti à accepter le legs.

Le désistement constitue également un indice suffisant de renonciation tacite. Avons-nous besoin d'ajouter que, pour produire une semblable conséquence, l'abandon de l'instance doit être spontanée et non le résultat d'un dol? C'est ce que Paul observe, en effet, quand supposant un institué qui,

pour arrêter la *querela*, s'était mensongèrement prétendu grevé d'un fidéicommiss important au profit du légitimaire, il affirme que le droit, pour ce dernier, de reprendre la *querela*, ne saurait être contesté.

L'acceptation par l'exhéredé des libéralités que le testament inofficieux lui conférait, contenait aussi une ratification du testament. Bien plus, il en est de même, dit Paul, du fait d'avoir prêté son ministère comme avocat ou mandataire à une réclamation formée par un des légataires particuliers du testateur. Aussi, dans ces divers cas, refusait-on la plainte à l'héritier naturel. D'ailleurs, il va de soi que si le legs, par l'acceptation duquel le légitimaire est censé avoir approuvé le *judicium defuncti*, avait été révoqué par un codicile dont on ignorait l'existence, la *querela* serait encore possible. En effet, l'héritier naturel n'a respecté le testament que parce qu'il considérait comme valables les legs faits en sa faveur. Leur révocation étant certaine, le légitimaire n'a plus rien qui compense la perte de son action ; il convient donc de la lui rendre. Modestin, qui présente cette solution au nom de l'équité, ajoute que si l'exhéredé n'a reçu un avantage testamentaire que par l'effet du hasard, il n'en conserve pas moins son droit à la *querela*. C'est ce qui arrive, poursuit le jurisconsulte, lorsque l'héritier naturel, étant le fidéjusseur ou le codébiteur solidaire *socius* du testateur, avec une autre personne à laquelle le testateur a légué sa libération, il se trouve libéré en même temps que ce dernier, par l'acceptation de l'*heres institutus*.

La renonciation, avons-nous dit, pouvait être pure et simple ou faite *aliquo accepto*. Dans ce dernier cas, il y avait transaction. L'*heres scriptus*, par exemple, s'engageait à abandonner une partie de l'hérédité au légitimaire, moyennant promesse, de la part de ce dernier, de ne jamais critiquer le testament. Dès lors, s'il y avait eu stipulation, point de difficulté. Mais *quid juris*, si les parties n'avaient pas eu le soin de couler leur convention dans le moule

flexible de l'interrogation et de la réponse ? Au premier aspect, et si l'on se rappelle que la *querela* participait à la nature de l'*actio injuriarum*, il semble que la transaction ainsi accomplie avait une efficacité absolue en notre matière, bien que d'ordinaire elle fût assimilée aux simples pactes et se trouvât, par suite, sans sanction, conformément à la vieille maxime : *Ex pacto actio neque nascitur neque solvitur* (l. 6, *De Pact.*, II, 14). En effet, d'après la loi des Douze Tables, un pacte suffisait pour éteindre, *ipso jure*, les actions *furti et injuriarum*, et cela, probablement en conséquence de leurs résultats rigoureux (l. 7, § 14, l. 17, § 1, *De Pact.*). Quelle que soit la vraisemblance d'une pareille conclusion, nous la croyons cependant inexacte, et notre avis est que la transaction opérée en vue d'écarter la plainte d'inofficiosité était un pacte nu, de sorte que, jusqu'à la création de l'action *præscriptis verbis*, la convention de l'institué et du légitimaire ne se trouvait que bien faiblement protégée, suivant les circonstances, par l'*exceptio pacti conventi*, l'*actio dolus* ou la *condictio ob rem dati*. Elle n'atteignait donc que rarement son but, et l'héritier naturel, si l'institué n'était pas fidèle à ses engagements, était libre d'intenter de nouveau la *querela* (l. 27, pr., *h. t.*). D'ailleurs, il est bon de remarquer que la transaction ne fut, en notre matière, jamais opposable aux légataires, aux fidéicommissaires et aux esclaves affranchis par le testament. Vis-à-vis de ces personnes, l'*heres scriptus* continuait donc d'être l'unique et véritable héritier, et c'est à lui seul qu'ils réclamaient les libéralités que leur avait adressé le testateur. Il est vrai que, dans l'hypothèse où le légitimaire avait obtenu par la transaction toute la succession à la charge par lui de payer à l'institué une certaine somme, la loi 14, D., *De Transact.*, permettait aux créanciers héréditaires de poursuivre l'héritier du sang par des actions utiles. Mais s'il en était ainsi dans l'espèce, c'est que, à l'égard des créanciers, il est permis, sans danger, de respecter la tran-

saction, la nature de leurs droits rendant possible toute action contre le légitimaire. Mais il est clair qu'il ne pouvait en être de même pour les personnes gratifiées dans le testament du *de cuius*, car, si elles eussent tenu compte de la transaction, elles eussent ratifié, en conséquence, la rescision du testament et des avantages qu'il contenait.

Quant aux transactions ou pactes qui seraient faits entre le testateur et le légitimaire pour enlever la *querela* à ce dernier, ils présenteraient, le plus souvent, un danger d'influence ou de contrainte. Aussi Paul en atteste-t-il l'inefficacité. Bien plus, Papinien et Alexandre Sévère, qui confirment cette décision, n'hésitent pas à l'appliquer dans l'hypothèse où l'héritier du sang aurait reçu pour prix de sa renonciation, soit une donation, soit une dot. Le pacte de renonciation n'est donc possible qu'avec l'*heres scriptus* et postérieurement au décès du testateur. Différemment, porte la loi 31, § 4, *h. t.*, la renonciation, fût-elle insérée dans le testament même, ne vaudrait point. Marcellus, il est vrai, si l'on en croit Ulpien (l. 8, § 6, D.), supposant un fils émancipé qui s'est exhéredé de sa propre main, *in testamento patris*, affirme que cette exhéredation lui fait perdre tout droit à la *Bonorum possessio contra tabulas*. Mais cette solution, d'ailleurs très juridique, puisque l'exhéredation étant ici, sans aucun doute, l'œuvre du père, rendait impossible la succession prétorienne ne saurait être généralisée et recevoir application, en matière de *querela* où il s'agit de savoir, non plus s'il y a eu exhéredation valable, mais bien si l'exhéredation est fondée sur des motifs légitimes. Et c'est pourquoi Justinien nous apprend qu'il consacra définitivement cette jurisprudence. (L. 31. § 4. C. *h. t.*)

Prescription. — On présume qu'à l'origine la prescription s'accomplissait par deux ans (Pline le Jeune, V. 1.). Ce qui est certain, c'est que, au temps classique, le délai dans lequel la *querela* devait être intentée, était de cinq années.

En cela, cette action se distinguait à la fois de la *petitio hereditatis* qui était perpétuelle et de l'*actio injuriarum* qui était annale.

Quant au point de départ de la prescription, il était controversé. D'un côté, Modestin le fixait au jour du décès. De l'autre, Ulpien, beaucoup plus logique, le fixait à l'époque de l'adition de l'hérédité, par ce motif que la *querela* suppose évidemment l'acceptation de l'institué. Du reste, le temps de l'adolescence (minorité de vingt-cinq ans) ne s'imputait pas sur ce délai. La prescription ne courait pas également pendant la durée d'un autre procès dans lequel l'héritier naturel aurait invoqué la nullité du testament se réservant d'exercer plus tard la *querela*, s'il était nécessaire. Enfin Ulpien nous apprend que les majeurs eux-mêmes étaient reçus à intenter la *querela*, nonobstant l'expiration des cinq années, *ex magna et justa causa*. Mais alors les esclaves affranchis conservaient leur liberté sous la charge de payer au *querelans* victorieux, vingt sous d'or chacun. Sous le Bas-Empire, il fut décidé, dans l'intérêt du légitimaire, que l'institué devrait faire adition ou renoncer dans le délai de six mois à partir du décès, s'il était domicilié dans la même province que l'héritier naturel, sinon dans le délai d'un an.

Décès de l'exhéredé. — Par analogie des règles admises sur l'*actio injuriarum*, la *querela* s'éteignait par la mort de l'ayant droit. On se montrait cependant un peu moins rigoureux, en notre matière, attendu que les héritiers du *querelans* étaient admis non-seulement à suivre l'action intentée et arrivée jusqu'à la *litiscontestatio*, mais encore à l'introduire eux-mêmes, pourvu qu'il fût constant que leur auteur était mort avec l'intention de poursuivre. Une constitution de Caracalla reconnaît suffisante, en effet, la preuve de l'intention chez le défunt d'exercer la *querela* (*causam quoquo modo illi placitam*). En raison de son caractère personnel, la plainte d'inofficiosité s'écartait

profondément de la *petitio hereditatis* qui, une fois acquise, était toujours transmissible. Nous lisons, il est vrai, dans les sentences de Paul (l. 1. tit. 13. § 4) que la pétition d'hérédité s'éteint lorsque l'héritier vient à mourir avant la *litiscontestatio*. Mais il n'est pas douteux que cette décision, contredite formellement par les textes relatifs à la pétition d'hérédité ordinaire, ne doive s'entendre que de la *querela*. Et encore faut-il ajouter qu'elle est trop absolue, puisque, en notre matière, la simple intention d'introduire la demande rend l'action transmissible.

Fraude de l'exhéredé. — L'esclave étant la chose du maître et toutes les acquisitions par lui faites profitant à ce dernier, il est clair que la *querela* était impossible de la part de l'héritier du sang, lorsque son esclave avait été institué. Cependant comme le testament pouvait renfermer des legs considérables dont, bien entendu, le légitaire eût désiré éviter le paiement, il s'était, paraît-il, introduit un usage frauduleux dans le but de faire tomber avec le testament les avantages qu'il contenait. Voici le moyen qu'on employait. Avant l'adition, le légitaire affranchissait l'esclave; puis, quand l'affranchi avait accepté l'hérédité, le patron réclamait la rescision du testament comme inofficieux. Mais, dit Modestin, on ne doit pas admettre ce recours, car la loi ne saurait favoriser la fraude: « *Summocebitur ab actione.* » (L. 12 pr. h. t.)

APPENDICE

ACTION EN COMPLÉMENT.

C'était, sans doute, une réaction très équitable contre la loi des Douze Tables, que l'institution de la *querela*. Il est notoire, cependant, que le moyen dépassait le but,

attendu que le triomphe de la plainte avait pour résultat la rescision intégrale du testament. Ce qui était surtout choquant, c'est que la *querela* était admise même dans le cas où le testateur avait laissé quelque chose aux héritiers, mais leur avait réservé moins que leur quarte. Car, nous le demandons, quelle pouvait raisonnablement être ici la base de la plainte d'inofficiosité? A coup sûr, le testateur ne pouvait sérieusement être blâmé d'avoir ignoré lors de la confection de l'acte, la consistance exacte de son patrimoine à l'époque de son décès! Quels que fussent donc les avantages de la fixation de la *portio debita*, au quart des biens héréditaires, dès le temps de Pline, l'institution de la *querela* entraînait des conséquences regrettables. Aussi est-il fort intéressant de savoir si, dans l'âge classique, il existait un autre mode de recours au profit des légitimaires. La négative est certaine pour le cas d'un héritier naturel dépouillé complètement. Mais si le légitimaire avait reçu du testateur une partie de la quarte, la législation romaine ne mettait-elle encore à son service que la plainte d'inofficiosité pour réclamer le supplément? Oui, semblent répondre certains auteurs. « Originairement, dit Van-Wetter, n'existait que la *querela inofficiosi testamenti*. Justinien limita singulièrement le domaine de la *querela*... il lui enleva, pour ainsi dire, tout objet en ouvrant deux autres moyens contre les institués : l'action supplétoire et la pétition d'hérédité..... » Que cette opinion soit inexacte, c'est ce qui ressort de la manière la plus formelle et la plus explicite des sentences de Paul (liv. IV. tit. V. 7), où ce jurisconsulte atteste que le légitimaire avait, de son temps, le choix entre la *querela inofficiosi testamenti* et l'action en complément : « *Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quartâ sibi a coheredibus citra inofficiosi querelam impleatur, jure desiderat.* »

Rien d'étonnant, d'ailleurs, dans la concession de l'action supplétoire dès l'époque classique. Nous allons voir, en

effet, que, bien que l'action en supplément soit deux fois appelée *querela* par Justinien (l. 34 in pr.; l. 35 § 2. C. h. t.), cette voie de recours étant simplement une *condictio ex lege*, différait grandement de la plainte d'inofficiosité à laquelle elle était préférable, à plusieurs points de vue.

Et d'abord elle n'avait aucun rapport avec l'*actio injuriarum*. De plus, elle laissait subsister le testament dans toutes ses dispositions. Ces deux différences, fussent-elles les seules, suffiraient largement à démontrer l'avantage de l'action en complément sur la *querela*. Si l'on considère, en effet, qu'elle permettait de respecter religieusement la mémoire du défunt toutes les fois qu'il était démontré que s'il n'avait pas laissé la quarte tout entière, c'était uniquement par suite de l'ignorance où il se trouvait, lors de la confection du testament, de la consistance exacte de son patrimoine à l'époque de son décès; si l'on observe, en outre, que le légitimaire, qui avait reçu du défunt, *inter vivos* des libéralités non imputables sur la quarte, était tenu, moralement du moins, de respecter, le mieux possible, les dernières volontés du *de cujus* et de se contenter, en conséquence, de réclamer le supplément; enfin, si l'on se souvient des peines encourues par l'héritier naturel qui, ayant intenté la *querela*, succombait dans cette action, on n'hésitera pas à reconnaître la nécessité de ce nouveau recours et à supposer que, dans bon nombre de cas, l'action supplétoire dût être préférée par les légitimaires à la *querela inofficiosi*. Au surplus, telles n'étaient pas les seules considérations qu'on pouvait faire valoir relativement à l'utilité de l'action en complément. Elle était, en effet, perpétuelle au lieu d'être limitée à cinq années. De plus, elle survivait à l'acceptation faite par l'héritier du sang des libéralités testamentaires faites en sa faveur. Enfin elle était toujours transmissible. En présence de ces avantages, on ne s'étonnera pas que Justinien ait généralisé l'application de ce recours et que

déjà Constantin l'aît rendue obligatoire, en certains cas.
(L. 4. C. Th. II. 19.).

II

De la *Querela inofficiosæ donationis*.

Les premières restrictions apportées dans l'intérêt de la famille au pouvoir de disposer entre-vifs ne datent que du règne d'Alexandre Sévère. Jusqu'alors les libéralités testamentaires seules avaient été l'objet de l'attention des Prudents. Nous savons bien que, sous la République, apparut une loi restrictive de la liberté de donner, loi qu'avait proposée le tribun Cincius Alimentus, et qui, si l'on en croit Cicéron, fut fortement appuyée par Caton le Censeur dont on connaît le goût particulier pour les mesures restrictives. Mais cette disposition, qui prit le nom de *lex Cincia*, n'offre aucun intérêt pour notre sujet, car elle n'avait point pour but de protéger la famille du donateur et tendait uniquement à sauvegarder ce dernier contre les entraînements irrésistibles. Aussi Papinien nous apprend-il que, si le donateur avait conservé jusqu'à sa mort l'*animus donandi*, la donation était inattaquable, de sorte que l'héritier qui aurait tenté d'invoquer la loi Cincia aurait forcément succombé devant une exception de dol, *quoniam*, disait ce jurisconsulte, *morte Cincia removetur*. *Frag. Vatic.* § 259, et telle fut, en effet, la doctrine que consacra Caracalla, *Frag. Vatic.* § 266.

Alexandre Sévère paraît donc avoir été le premier qui a pris la protection des proches parents contre les donations exagérées. Considérant avec sagesse que la légitime ne se calculant, d'après le Droit ancien, que sur les biens extants au décès, le *paterfamilias* pouvait impunément dépouiller ses enfants par des libéralités entre-vifs, cet empereur crut devoir mettre un terme à des abus qui, dans une nation dès longtemps envahie par la corruption des mœurs, n'étaient que trop fréquents. Dès lors, ce ne fut plus seulement, comme

autrefois, sur le patrimoine laissé à sa mort par le *de cuius* que dut être fixé le chiffre de la légitime. Il fallut, en outre, tenir compte des valeurs dont il avait gratuitement disposé de son vivant et les soumettre à la quarte. De là une action *ad exemplum inofficiosi testamenti* que l'on connaît depuis sous le nom de *querela inofficiosæ donationis*. Nous devons ajouter cependant que telle quelle, cette amélioration laissait à désirer. Ce prince, en effet, n'avait permis de critiquer les donations que dans le cas où le donateur serait mort laissant un testament. (L. 87 § 3. D. XXXI.) Plus favorables, Valérien et Galien autorisèrent la *querela donationis* dans l'hypothèse où le donateur serait mort intestat : la réforme fut alors complète.

Certains auteurs ont contesté à cette action le caractère de réalité, sous prétexte que la loi romaine ne le lui attribue point formellement. Ils la considèrent, par suite, comme une *condictio ex lege* (Voët, *ad Pandect.*, XXXIX. v.) D'autres prétendent, en outre, qu'à la différence de la *Querela Testamenti*, la *Querela donationis* « n'appartient jamais qu'aux héritiers à qui la loi veut assurer une quarte, c'est-à-dire aux descendants et aux ascendants injustement dépouillés. » (Fr. Vatic., §§ 280-282; Accarias, t. I, *oper. cit.*). Les constitutions, dit en ce sens M. Boissonade ne font pas mention d'un droit pour les frères de critiquer les donations de leur frère lors même que les donataires préférés seraient des personnes viles, et, malgré quelque généralité dans les termes d'une Constitution de Constantin, il est difficile de croire à l'existence de cette *querela*. Nous pensons, avec la grande majorité des interprètes, que, malgré le silence des textes à ce sujet, nous devons, au contraire, voir dans la *querela donationis* une revendication *ex causa inofficiosi* ayant l'étendue d'application de la *querela testamenti*. Et, en effet, la plainte pour inofficiosité des donations est ordinairement appelée *auxilium ad similitudinem, ad instar* ou *ad exemplum inofficiosi testamenti querela* (l. 2, 4, 6, 8, pr. et 9 (C. h. t.).

L'interprète est donc tenu, à moins d'une exception écrite dans la loi ou résultant au moins de la nature des choses, de regarder ces deux actions comme soumises aux mêmes règles.

Ce qui n'offre aucun doute, c'est que la *querela donationis* n'était admise que subsidiairement et à défaut d'autre moyen légal. Dioclétien et Maximien déclarent, en effet, l. 4. C. 4. 4. que l'héritier d'un mineur de vingt-cinq ans doit recourir à l'*in integrum restitutio*. Nous voyons de même aux *Fragmenta Vaticana* § 281, que lorsqu'un père ayant plusieurs enfants *in potestate*, est mort après avoir fait à l'un d'eux une donation exagérée, l'action *familiæ erciscundæ* suffit aux enfants dépouillés pour faire réduire les avantages faits à leur frère. Il est vraisemblable également que, à l'origine, le triomphe du demandeur avait pour résultat la rescision intégrale des donations : « *poterit defensionem ne exemplo inofficiosi testamenti possit hæc avocare,* » est-il dit au § 293 des *Fragmentes du Vatican*... (V. également l. 87. § 3. D., *De Legatis*, déjà citée). Ce n'est, en effet, que dans la pratique définitive que les textes nous signalent la rescision partielle comme étant la conséquence du succès de la *querela donationis*, quia, disait Cujas, *quo liberaliores sunt morientes quam viventes, eo sunt etiam minorum horum quam judicia illorum et liberalitates coercendæ.* »

Mais on s'est demandé si la *querela donationis* supposait non-seulement le préjudice mais la fraude. Fallait-il pour qu'elle fût admissible que la libéralité exagérée eût été faite avec l'intention bien arrêtée de nuire au défunt? En ce sens, on invoquerait le § 270 *Fragm. du Vatican*, qui supposait la donation faite *in fraudem filiorum*. Mais le mot *fraus* s'entend non-seulement de l'intention coupable, mais encore du *damnum*. Aussi, bien que la loi *Ælia Sentia* eût proscrire les affranchissements opérés *in fraudem creditorum*, Gaius put-il encore soutenir que le *Consilium Fraudis* était

superflu. Ce qui prouve, d'ailleurs, que l'induction qu'on pourrait tirer du passage précité des *Fragm. du Vatican* serait inexact, c'est que, aux termes de la loi 5. C. h. t., l'enfant est autorisé à réclamer la rescision des donations faites avant sa naissance.

On discutait, autrefois, la question de savoir s'il faut déclarer inofficieuse une donation qui excède les trois quarts du patrimoine du donataire, au moment de son décès, alors même qu'à l'époque de sa confection, elle ne dépassait pas le disponible. Non, disait Doneau, car un acte valable, *ab initio*, ne saurait devenir nul par l'effet du hasard. Au contraire, Voët (*op. et loc. cit.*) et Pérez prétendaient avec raison que la donation était inofficieuse et, par suite, sujette à la *querela inoff. donationis*. En ce sens ils opposaient victorieusement la décision de Constantin et de Constance, d'après lesquels la donation à un affranchi par son patron est révocable par la survenance d'enfants (l. 8, *De Revoc. donat. C.*).

Au reste, s'il y avait plusieurs donations inofficieuses, c'était probablement une maxime certaine (quoi qu'en aient dit Pérézius et le président Favre) que le retranchement s'opérait par ordre de date, en commençant par les dernières : celles-ci, le plus souvent, ayant seules entamé la légitime. Il est surtout constant que le donataire pouvait opposer comme fins de non-recevoir la renonciation faite par le légitimaire et la prescription ; dans ce dernier cas, le délai courait à partir du décès du donataire. La controverse qui s'agitait en matière de *querela testamenti* était, en effet, impossible ici. Enfin il pouvait opposer l'ingratitude de l'héritier naturel.

Réformes du Bas-Empire.

Nous avons jusqu'ici signalé une triple réaction contre le rigorisme de la loi des Douze Tables. Nous avons, en effet, mentionné la théorie ingénieuse, mais inefficace, de l'exhérédation, puis nous avons développé la légitime et la *querela* telles qu'elle se trouvaient réglementées aux plus beaux jours de la jurisprudence romaine. Mais c'est sous le Bas-Empire et principalement sous la législation de Justinien, que l'on a nommé avec quelque raison « l'apôtre de l'Équité » (Troplong, *Infl. du christian. sur le Droit rom.*), que la légitime parvint à son plus haut degré de faveur. C'est que, en effet, d'une part, sous l'influence du christianisme dont la morale bienfaisante et pure exerça une certaine action sur le dernier état du Droit romain, la voix du sang se fit plus que jamais entendre. (Saint Paul, *ad Romanos*, VIII, 17; Saint-Basile, sur le septième psaume, t. I, p. 119.) D'autre part, il convient de ne point oublier que, à cette époque, la *patria potestas*, sans être devenue une tutelle comme en Germanie, s'était, toutefois, fort adoucie au point de vue de la personne de l'enfant et de ses biens. (Accarias, t. I, p. 146, 689.) La logique, d'accord en cela avec la justice, prescrivait donc de restreindre plus que jamais la liberté de disposer, qui ne concordait plus avec le pouvoir du père de famille sur ses enfants. Aussi Justinien proclame-t-il bien haut les droits de ces derniers à une portion de l'hérédité paternelle. Il exige qu'ils reçoivent leur légitime, *institutionis titulo* (Nov. 18. C. 1.); il les déclare irresponsables des fautes de leurs auteurs (l. 33. C.); il permet au fils d'user à son gré de l'action qu'aurait eue son père, s'il eût survécu (l. 34. C. h. t.), et supprime, en faveur des frères et sœurs, la nécessité de l'agnation. (L. 27. C. h. t.) Enfin il élève le

taux de la légitime (nov. XVIII, pr.); il ordonne de n'imputer que ce qui provient *ex substantia patris*; il veut que les enfants prennent leur légitime en toute propriété (nov. XVIII. c. 3); il généralise l'application de l'action supplétoire, et détermine les justes causes d'omission ou d'exhérédation, en vue de mettre un terme à l'arbitraire de l'ancien droit.

Il convient d'examiner chacune de ces innovations. Nous terminerons par l'exposé de la *querela inofficiosæ dotis*, qui apparut, il est vrai, aux premiers jours du Bas-Empire, mais qu'il nous semble sans intérêt d'étudier dès maintenant.

SECTION PREMIÈRE

Modification relative aux Personnes.

Comme sous le droit classique, sont légitimaires les descendants, les ascendants et les collatéraux privilégiés.

A. Descendants. — Toutefois à l'égard des enfants légitimes, nous voyons s'effacer devant les idées de justice et de bon sens (l. 33. C. *h. t.*), la vieille théorie de la transmission héréditaire des mérites et des démérites que le droit classique respectait encore, et qui renaquit dans notre ancien droit français. Bien moins sage et bien moins équitable fut l'innovation que Justinien consacra en faveur des enfants orthodoxes dont les parents étaient hérétiques (l. 13. § 1. C. I. 5). Il ordonna, en effet, que désormais ces enfants auraient pour légitime toute l'hérédité paternelle ou maternelle, si leur conduite avait été irréprochable, et que, dans le cas contraire, ils seraient, nonobstant leurs torts, admis à la légitime ordinaire. Il y avait là, comme on le voit, une atteinte grave portée à la liberté de conscience.

Relativement aux enfants adoptifs, l'empereur déclara

(l. 10. C. VIII. 48) qu'ils ne changeraient de famille que lorsque l'adoptant serait un *ascendant*. Si donc l'adoption avait été faite par un *extraneus*, l'enfant ne pouvait critiquer le testament de son père adoptif à la succession duquel il n'avait que des droits *ab intestat*.

A l'égard des enfants naturels nous avons à constater plusieurs modifications. Et d'abord, les enfants adultérins ou incestueux furent déclarés incapables de rien recueillir soit dans la succession paternelle, soit dans la succession maternelle (l. 6, Cod., V. 5.) Bien plus, ils ne pouvaient rien recevoir par donations entre-vifs ou testamentaires. Pour ce qui regardait les enfants naturels simples, il fallait distinguer la succession du père et la succession de la mère.

1. *Succession du père*. — Lors du triomphe du christianisme le concubinat fut flétri par l'opinion publique à tel point que les enfants qui en étaient issus et que nous avons vu, à l'époque des jurisconsultes, admis par le préteur à la succession de leur père, en qualité de cognats, furent dépouillés de toute vocation héréditaire et déclarés incapables de recevoir la moindre libéralité. (C. Th. l. 3. IV. 6; C. Just. l. 1, v. 27.). On conçoit que cette théorie blessait l'humanité. Aussi une réaction s'opéra-t-elle qui concilia les idées de justice avec l'intérêt du mariage. Et d'abord les empereurs Valens, Valentinien et Gratien permirent au père de disposer en faveur de son enfant naturel, de un douzième en présence d'enfants légitimes, et de trois douzièmes dans les autres cas (nov. 89 c. 12. pr.; l. 2. C. V. 27). De plus, Justinien leur reconnut, dans certaines hypothèses, une vocation à la succession *ab intestat* et, pour tous les cas, il élargit leur capacité de recevoir à titre gratuit (nov. 89. Chap. 12. § 2, 3, 4, 6)

2. *Succession de la mère*. — Le droit ancien fut, en principe, maintenu. Une seule innovation fut apportée par Justinien. Nous voyons, en effet, dans la loi 5, au code *ad senatus*

consultum Orphitianum, une décision de cet empereur, d'après laquelle les enfants naturels ne succéderaient plus à leur mère, dans le cas où elle serait illustre et laisserait des enfants légitimes. En semblable hypothèse la plainte d'inofficiosité était inapplicable.

B. Ascendants. — Quant aux ascendants ils venaient à la *querela* dans l'ordre des successions *ab intestat*, et par suite n'avaient, suivant les cas, droit à cette action qu'à défaut ou en concours des frères et sœurs. (L. 2. C. *ad. S. C. Trebell.* ; l. 4. C. *De bon. quæ lib.* ; *Institut.* III. 3. § 5.)

Ce n'est que depuis la novelle 118, qui, promulguée en 543, balaya, suivant l'expression énergique de M. Accarias, les derniers restes de la législation des Douze Tables et établit un système simple, logiquement coordonné, presque en tout conforme à l'ordre ordinaire de nos affections naturelles, que les ascendants sans distinction de sexe prièrent invariablement les collatéraux privilégiés, à l'exception pourtant des frères et sœurs germains dont ils furent tenus de subir le concours.

C. Frères et sœurs. — Est-ce à dire qu'à partir de cette époque, les frères et sœurs germains furent adinis à la légitime quelle que fût l'*existimatio* de l'institué? Non certes. La règle ancienne conservait son empire toutes les fois que l'héritier testamentaire se trouvait *integræ existimationis*. Mais il importe de remarquer que, dès avant la novelle 118, l'agnation exigée jusqu'alors chez les collatéraux du premier degré qui voulaient intenter la *querela*, fut déclarée superflue par Justinien (l. 27. C. *h. t.*). Bien plus, ce prince, à la différence du droit antérieur qui n'accordait la plainte qu'aux frères agnats, l'accorda aux frères et sœurs consanguins sans distinction de sexe : seuls les frères ou sœurs utérins restèrent exclus.

Nul besoin d'ajouter d'ailleurs que, parmi les légitimaires des trois classes que nous venons d'énumérer, ceux-là seuls avaient droit à la *querela*, qui, à défaut de testament,

seraient légitimement venus les premiers à l'hérédité ou à la *bonorum possessio*. Mais si le premier en ordre ne pouvait ou ne voulait critiquer le testament, c'est une grande question de savoir de quelle manière était dévolue la *querela*. D'une part, Paul paraît attester qu'après quelques hésitations la jurisprudence avait admis la *successio* au profit du degré subséquent (l. 31. pr. D. h. t.); et Papinien, supposant un testament laissé par un émancipé, testament dans lequel les fils du défunt avaient été exhéredés et le père omis, affirme que ce dernier doit attendre le résultat de la plainte qui complète, en premier lieu, aux fils, sauf à intenter la *querela, proprio nomine*, en cas d'échec subi par ses petits-enfants (l. 14. D. h. t.). D'autre part il semble découler de la loi 34. C. h. t. que Justinien modifia le droit antérieur et permit, pour la première fois, dans notre espèce, au successeur du degré subséquent, d'intenter la plainte que ne pouvaient ou ne voulaient exercer ceux du premier degré. L'antinomie est-elle incontestable?

D'après une première opinion (Doneau, *Com.*, j. c. h. t.; Pothier, *Pandect.*), la constitution 34 veut seulement faire entendre que le petit-fils ne peut agir au nom de son père et ne signifie point qu'il est dans l'impossibilité de poursuivre *proprio nomine*, puisqu'il n'y a aucun parent plus proche que lui pour succéder à cette action. Que si l'on recherche le sens de ces mots de Justinien : *omne adjutorium dereliquit*, il paraîtra fort vraisemblable de supposer que le petit-fils est, par suite de son indignité, déchu, dans l'espèce, de son droit tout personnel, et qu'en conséquence, il n'a d'autre ressource que celle d'obtenir la transmission de l'action paternelle. La conclusion serait donc que, sous Justinien, le petit-fils eût toujours l'option entre l'action qui lui était propre et celle que son père pouvait personnellement intenter.

Quel que soit le bien fondé de cette première conciliation, elle suppose à l'empereur l'injustice d'avoir introduit dans

la loi 34 un bénéfice qui ne peut profiter qu'à un indigne. Aussi, serait-il peut-être plus exact et plus logique d'expliquer la constitution de Justinien, par cette considération que, sous le droit classique, en vertu des principes qui empêchaient la dévolution de degré à degré dans les successions légitimes (V. Ortolan, III. 27), la *querela* ne pouvait être dévolue de degré à degré, de fils à petit-fils, mais d'ordre à ordre, de descendant à ascendant. On ajouterait dans ce sens que la *successio graduum* eût été incompatible avant Justinien, avec la théorie jadis dominante de la solidarité entre le père et ses enfants. On pourrait observer, en outre, que si le texte de Paul paraît général, il n'en faut pas moins se garder de le supposer en contradiction avec la règle qui prohibait la *successio graduum*; on supposerait enfin que, si le jurisconsulte témoigne quelque hésitation (*videndum est*) dans la pratique de son temps, c'est que, sans doute, certains se refusaient à reconnaître la *successio ordinum* parce que son admission semblait devoir obliger les testateurs qui avaient des descendants, des ascendants et des frères et sœurs, à prendre des précautions infinies pour mettre leurs dernières volontés à l'abri de toute plainte (Cfr. : Schulting, *Thes. cont. decad.*, 15. *Th.*, 9 et 10; Machelard, *Rev. critiq.*, 1876).

Une dernière difficulté nous reste à examiner. Justinien prescrit, par sa nouvelle CXV, l'institution des héritiers privilégiés à l'exception pourtant des frères et sœurs dont il ne paraît point s'occuper. (Cfr. Ricard, *Donat.*, 3^e partie, C. VIII). A défaut d'institution de ces personnes, le testament est inofficieux, et les légitimaires, bien que gratifiés dans ledit acte par le défunt, loin d'être réduits à l'action supplétoire, peuvent intenter la *querela*. Faut-il conclure de cette innovation que la légitime changea de nature sous Justinien et devint *pars hereditatis*? Non, car l'institution exigée par l'empereur ne devait point forcément être univer-

selle ou à titre universel : une institution *ex certis rebus* suffisait : « *sola enim est nostræ serenitatis intentio a parentibus et liberis injuriam. præteritionis et exheredationis auferre.* » Or, c'était une maxime indubitable sous l'empire des nouvelles, que l'institué, pour un effet certain, devait être regardé comme un simple légataire (l. 13, C., vi, 24), et n'avait droit, pour obtenir le supplément de sa légitime, qu'à la *condictio ex lege*. Aussi Henrys (liv. 5. C. 5. Quest. 40) écrivait-il que c'était là *verbis duntaxat non rebus leges imponere*. Et voilà pourquoi aussi M. Ragon (p. 43. *op. cit.*) qualifie de « stérile » l'institution prescrite par Justinien. Au surplus, l'empereur déclare (c. 5) que c'est pour l'avantage des légitimaires qu'il introduit la nécessité de l'institution. Or, si la qualité d'*heres* était pour eux un corollaire obligé de leur titre d'institué, ils en éprouveraient au contraire du préjudice, car ils seraient toujours tenus des dettes *ultra vires*. Nous verrons, dans notre ancienne jurisprudence coutumière, qui admit la nécessité du titre d'héritier pour réclamer la légitime par voie d'action, que les plus grands auteurs, Argou, Dumoulin, Ricard, Pothier, s'efforcèrent de soustraire aux poursuites des créanciers ce que l'un d'eux appelait ingénieusement la *dernière table du naufrage*.

SECTION II

Augmentation de la quotité.

D'après la novelle 18, cap. 1, le testateur doit laisser à ses enfants le tiers de ses biens, s'ils ne sont pas plus de quatre, et la moitié si leur nombre est supérieur. Bien plus, le taux est des trois quarts en faveur des enfants des curiales. Ce système a été critiqué comme défectueux, en ce que la légitime d'un enfant est aussi forte que celle de quatre, et, en outre, parce qu'il présente la bizarrerie de ne

donner à chacun des enfants que un douzième dans le cas où ils sont quatre, alors que, dans le cas où ils sont cinq, ils peuvent réclamer un dixième. Il faut convenir sans doute que cette singularité disparaît dès qu'il y a sept enfants, auquel cas chacun n'a droit qu'à un quatorzième. Seulement il va de soi que l'espèce se présente assez rarement.

Le silence de Justinien, relativement soit aux petits enfants venant à défaut d'un enfant prédécédé, soit aux ascendants, soit, enfin, aux frères et sœurs, a donné lieu à quelque difficulté.

En premier lieu, si on suppose que le testateur a laissé un fils et quatre petits-enfants issus d'un fils prédécédé, devra-t-on appliquer à ces derniers le principe de la représentation et leur donner un sixième, c'est-à-dire la légitime qu'aurait eue leur père s'il avait survécu au testateur?

A entendre Maynz, nous sommes en présence d'un nouveau labyrinthe *dividui et individui*. « On cherche en vain, » dit-il, un principe certain qui puisse nous guider dans » ce cas. Les juristes des pays où le Droit romain est en » core en vigueur, forcés de trouver un expédient, se sont » livrés à des tentatives plus ou moins variées que nous » nous dispenserons de relater, laissant à l'imagination de » nos lecteurs la liberté de combler cette lacune. »

Nous avouons, pour notre part, que M. Demangeat a émis, à ce sujet, un système divinatoire. « J'admets bien, » dit-il, que, pour l'enfant, la légitime sera ce qu'elle serait, » s'il avait à côté de lui son frère vivant, c'est-à-dire un » sixième, mais je suis porté à croire que les quatre petits- » enfants ont droit à un quart. » Cette distinction est inadmissible, comme contraire tout à la fois à la raison et à l'esprit de la loi sur la représentation.

A l'esprit de la loi sur la représentation, car il est invraisemblable que le législateur ait implicitement imposé au *de cuius* l'obligation de laisser à des petits-enfants qui le

touchent de moins près une part plus forte que celle qu'il aurait dû laisser à leur père dont ils tiennent la place.

A la raison, puisqu'il est dérisoire de considérer le père de quatre petits-enfants comme vivant à l'égard de son frère et mort vis-à-vis de ses enfants.

Mais est-ce à dire pour cela que la question soit insoluble? Non, et l'on appliquera purement et simplement les principes de la représentation dont le jeu fut admis de bonne heure à Rome.

Quant aux ascendants et aux collatéraux privilégiés, ils doivent, d'après l'opinion commune, bénéficier de l'augmentation de la légitime établie par Justinien. On se fonde sur ces termes de la novelle : « *Hoc observando in omnibus personis quibus quartæ ratio decreta est.* » Il est vrai que, d'après M. Boissonnade (*op. cit.*, p. 138, note e), les ascendants ne peuvent jamais avoir plus de quatre onces dans les douze. Le savant professeur, en effet, après avoir signalé cette observation de Pérézius : *Semis vero nunquam esse potest, quia plures quam duos parentes quis habere nequit*, ajoute : « En ces termes, le principe est faux, mais la » solution peut subsister par le principe suivant que nous » adoptons : quelque nombreux que soient les ascendants, » ils n'ont jamais, quant à la légitime, plus de droit que les » père et mère; le prédécès de ceux-ci ne peut restreindre » la disponibilité des biens aux mains de l'enfant. » Ce sentiment est inexact; il peut arriver, en effet, que les père et mère aient moitié. On sait que, lorsque le testateur a institué une personne infâme, les frères ont la plainte d'inofficiosité, conjointement avec les ascendants, et font casser avec eux l'institution, s'ils ne sont remplis de leur légitime; eh bien, il suffit alors, pour porter la portion du père et de la mère à la moitié, que le défunt ait laissé trois frères.

La doctrine de Pérézius est donc complètement inadmissible, et la vérité est que le taux de moitié, fixé par

Justinien, est susceptible, dans certains cas, de profiter aux ascendants.

Telle étant la fixation de la légitime, sous Justinien, il en résultait un vif intérêt pour la question de savoir si l'enfant renonçant faisait nombre, question célèbre qui divisa nos anciens auteurs et qui, de nos jours encore, semble vouée à une éternelle controverse. En effet, lorsqu'il s'agissait de fixer la quotité de la légitime, les ayants droit étaient intéressés à ce que le nombre des copartageants fût de cinq plutôt que de quatre, puisqu'au premier cas, leur légitime était de la moitié, tandis qu'elle ne s'élevait qu'au tiers, dans le second. Ce n'était que quand le chiffre total se trouvait déterminé et qu'il s'agissait d'en régler la distraction que chacun des légitimaires avait intérêt à avoir peu de concurrents.

SECTION III

Théorie nouvelle de l'imputation.

Sous le Bas-Empire, comme sous le droit classique, à partir d'Alexandre Sévère, on devait distinguer à ce sujet, si la légitime avait été exclusivement entamée par les libéralités *mortis causa* ou si elle avait été atteinte aussi par les donations entre-vifs.

A. — Dans la première hypothèse, Justinien (l. 35 § 1. 2.) trancha, dans le sens de la négative, la question discutée jusqu'alors de savoir si les donations entre-vifs devaient être imputées sur la quarte, lorsque telle avait été l'intention du donateur.

Les donations entre-vifs étaient pourtant imputables dans certains cas et, par exemple, lorsqu'il y avait eu transaction à ce sujet entre le légitimaire et l'institué. De plus, Zénon, en 479, avait soumis à l'imputation les donations antenuptiales et les dots fournies par les

ascendants que Léon I^{er} avait naguère déclarées rapportables. Or Justinien, loin d'innover à cet égard, ordonna (l. 30 § 2) qu'à l'avenir, on devrait imputer également les sommes avancées par le défunt pour procurer aux légitimaires une charge militaire qui, par sa nature, fût vénale. Une seule exception était faite touchant les charges de *silentiarii*.

D'ailleurs, Justinien favorisa les légitimaires sous plusieurs rapports.

C'est ainsi que, d'après la loi 36, l'en ne doit imputer sur la légitime que ce qui émane de la succession du *de cuius*; si le légitimaire a reçu quelque chose d'ailleurs, quoique en vertu des dispositions du testateur, c'est pour lui une bonne fortune dont il doit bénéficier par *préciput* : « *repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex jure accrescendi ut puta usufructus.* »

Nous déciderons, en conséquence, contrairement à la théorie ancienne, que tout ce que l'enfant acquiert en vertu d'une substitution fidéicommissaire ne saurait être imputable, attendu qu'il y a eu, entre le testateur et lui, un tiers sur la tête duquel les biens ont reposé (l. 5, *De Legat.*). Il semblerait juste, il est vrai, de ne point reconnaître à l'enfant le double droit de prendre sa légitime et de conserver le bénéfice de la substitution. Mais la loi 36 C. repousse formellement l'obligation, pour l'enfant, d'opter entre sa légitime et le testament par lequel son père l'appelle à une substitution, après un certain temps, et lui accorde, au contraire, les avantages du cumul.

Cette solution découlait d'ailleurs de la loi 32, C. *h. t.* d'après laquelle Justinien, voulant porter la légitime à son plus haut degré de faveur, déclare, d'une part, que toutes charges, toutes conditions, tout délai susceptibles de diminuer la légitime doivent être, de plein droit, considérés comme non écrits; et, d'autre part, qu'à l'avenir, la légitime

sera laissée en pleine propriété sans que le testateur puisse y substituer soit la nue-propriété, soit l'usufruit même de tous ses biens (1).

B. — Dans le cas où les légitimaires intentaient la *querela inofficiosæ donationis*, ils devaient imputer sur leur *portio debita*, les libéralités entre-vifs qu'ils avaient reçues eux-mêmes. Aucune innovation ne fut apportée à cette solution par le Bas-Empire. Seulement, Justinien, désireux, sans doute, de trancher à ce sujet une controverse qu'avaient soulevée les jurisconsultes décida par sa nouvelle 92, que l'enfant donataire renonçant pourrait retenir, à la fois, sur les libéralités exagérées (*immensam donationem*) à lui faites, et sa légitime et la quotité dont le défunt aurait pu valablement disposer à l'égard d'un étranger : « *Licet ei qui largitatem meruit, abstinere ab hereditate, dummodo suppleat ex donatione, si opus sit, ceterorum portionem.* » Telle est la disposition que nous verrons consacrer, par l'article 307 de la coutume de Paris. Tel est le point de départ de l'ancienne et grave controverse sur l'imputation et le cumul.

SECTION IV

Innovations quant à la *querela* et à l'action supplétoire.

Rien ne nous autorise à penser que, sous Justinien, la *querela* ait changé de nature. Elle conserva donc son caractère mixte tenant à la fois de la pétition d'hérédité et de l'*actio injuriarum*. Mais est-il du moins exact d'enseigner que la sphère d'application de ce mode de recours fût tellement

(1) Dans la loi 33, pr. C. h. t., Justinien se montra encore plus favorable aux légitimaires en décidant que si l'institué tardait à remplir de ses droits l'héritier du sang, ou ne s'y résignait que sous le coup d'une condamnation judiciaire, il serait tenu de payer en sus au demandeur le tiers de ce qui lui aurait été déjà laissé.

restreinte dans le dernier état du droit, qu'il n'était utile qu'aux frères et sœurs germains du *de cuius*? On l'a prétendu. D'après Van-Wetter, la pétition d'hérédité véritable appartient aux descendants et ascendants du testateur qui n'ont rien reçu sur leur légitime; les frères et sœurs n'y participent point. Elle tend à obtenir toute la portion *ab intestat* et non simplement la légitime. Le motif en est que l'on considère le testament comme nul et que la succession *ab intestat* s'ouvre sans préjudice des dispositions accessoires n'affectant pas l'hérédité elle-même.

Nous repoussons sans hésiter cette doctrine dont nous contesterons bientôt le fondement. Nous sommes loin de penser, en effet, que sous Justinien, pas plus que dans l'ancien droit, l'on doive, à l'égard des héritiers directs, considérer « le testament comme nul et que la succession *ab intestat* s'ouvre » soit de plein droit, soit sur la simple réclamation des légitimaires. En conséquence nous conservons à la *querela* son ancien caractère de généralité

Il est vrai que, depuis Constantin, l'héritier naturel qui avait reçu par legs, fidéicommiss, etc., des biens insuffisants était privé du droit d'option autrefois reconnu au légitimaire entre la *querela* et la *condictio ex lege* et se trouvait réduit à celle-ci, lorsque le testateur avait pris soin d'ordonner que la légitime fût complétée *boni viri arbitratu*.

Nous devons même avouer que Justinien alla plus loin et que, tenant pour sous-entendu l'ordre de compléter la quarte, il n'accorda la *querela* qu'à ceux qui n'avaient rien reçu du *de cuius*.

Mais il n'en restait pas moins certain, que, dans ces limites, en l'absence de textes contraires, la *querela* conservait la portée qu'elle avait, sous le droit classique, c'est-à-dire était l'*ultimum subsidium*, non-seulement des frères et sœurs, mais encore des enfants et des ascendants. Or si l'on se rappelle qu'à la différence de la pétition d'hérédité pure et simple qui était transmissible, perpé-

tuelle..... la *querela* se prescrivait par cinq ans, et ne pouvait, dans le dernier état du droit, passer aux héritiers *autres que les descendants*, qu'après avoir été préparée, on n'aura pas de peine à voir que cette solution offrait un intérêt considérable.

A plus forte raison estimons-nous inadmissible l'opinion de M. Accarias, qui conduirait à n'accorder aux légitimaires, quels qu'ils soient, d'autre action que la pétition d'hérédité. En effet, après avoir fait observer que, sous Justinien, la légitime doit être laissée à titre d'institution, le savant professeur ajoute :

« De cette innovation il résulte que l'action en complément de la légitime se transforme nécessairement. Si l'enfant n'a pas été institué pour toute la quotité à laquelle il a droit, ce n'est plus par voie d'action personnelle qu'il réclamera la différence; ce sera par une véritable pétition d'hérédité. »

Cette doctrine, qui aurait pour conséquence, *a fortiori*, d'accorder au légitimaire injustement exhéredé la *petitio hereditatis* invariablement et dans tous les cas, au lieu et place de la *querela*, nous semble arbitraire. Tel n'est point, en effet, le résultat logique de la nécessité imposée par la nouvelle 115 au testateur d'instituer les légitimaires. Car évidemment il ne suffit pas d'être institué pour être héritier et pour avoir conséquemment droit à la pétition d'hérédité. Il faut que l'institution soit universelle ou à titre universel, et si Justinien avait posé en principe que telle devrait être à l'avenir la nature de l'institution du légitimaire, nous n'hésiterions pas à admettre la doctrine de M. Accarias. Mais l'illustre professeur le reconnaît lui-même : « Justinien » se contente de dire que le légitimaire doit absolument être » institué, il n'exprime pas que l'institution doive comprendre » sa légitime entière.... ». Peu importe, en un mot, que l'institution soit à titre universel, ou *ex re certa*. Or, dans le dernier état du droit, il fut décidé, de l'aveu de M. Accarias,

que « l'institué *ex certâ re* serait assimilé à un légataire. » Donc, il ne pouvait avoir la pétition d'hérédité. Donc, peu importait, à ce sujet, la nécessité de l'institution, et les légitimaires se trouvaient réduits, comme autrefois, aux actions précitées : la *querela* et l'action en complément. Ce qui prouve, à l'évidence, que l'empereur n'opéra point l'innovation qu'on lui suppose et ne remplaça point les anciennes actions par la pétition d'hérédité, c'est qu'aucun texte ne démontre chez lui cette intention. Tout au contraire, Justinien s'efforça simplement d'améliorer l'institution de la *querela* en dépouillant l'ancien droit de ce qu'il avait d'excessif. C'est ainsi qu'il supprima au profit des frères et sœurs la condition de l'agnation. C'est ainsi, encore, qu'il ne fit produire à la *querela* qu'une rescision partielle au lieu d'une rescision totale. C'est dans ce but également qu'il prit soin d'étendre l'action en complément et de restreindre, au contraire, la plainte d'inofficiosité, qui, dans la limite même où elle était réduite, sous ce prince, ne laissait pas de dépasser le but. C'est, à ce sujet, enfin, qu'il crut devoir limiter les causes d'exhérédation ou d'omission, faisant cesser ainsi l'ancien arbitraire.

Il est vrai qu'il eut le tort de généraliser l'application de l'*immunitas querelæ* réservée pendant longtemps aux militaires *sui juris* et aux fils de familles pourvus d'un pécule castrense, en étendant cette faveur aux possesseurs de pécule quasi-castrans, qui purent, en effet, tester sous son règne. Mais on doit reconnaître que ce privilège, dicté, d'ailleurs, par des considérations d'intérêt politique, fut du moins refusé aux prêtres, diacres, etc..... auxquels Justinien concéda le droit d'avoir un *peculium* quasi-castrense, de sorte que le testament de ces derniers fut ou non sujet à la *querela*, suivant les circonstances.

SECTION V

Détermination et causes légitimes d'omission ou d'exhérédation.

Justinien, dans la novelle 115, cap. III et IV, indiqua quatorze motifs d'omission ou d'exhérédation pour les descendants et huit pour les ascendants. De plus, dans les nouvelles XXI, cap. XLVII, il en signala trois au sujet des frères et sœurs.

a. — Parlons d'abord des descendants. Les quatorze causes d'exhérédation ou d'omission mentionnées à leur égard dans la novelle 115 ont été renfermées par nos anciens auteurs dans les huit vers suivants :

Bis septem causis exheres filius esto ;
Si patrem feriat, vel maledicat ei :
Carcere detrusum si negligit, ac furiosum,
Criminis accuset, aut paret insidias :
Si dederit gravia sibi damna, nec hoste redemit,
Testari prohibet, aut dat arena jocum :
Si pravos sequitur, vel amat genitoris amicam ;
Non orthodoxus, filia quando coit.

Nous présenterons sur certains de ces motifs quelques considérations.

1. Les expressions *vel maledicat ei* s'entendent évidemment de l'injure grave, atroce, *qui contumeliam continet et contemptum* (l. 1. D., *De Injuriis*), comme le disaient les anciens interprètes. (V. Claude de Ferrière, *op. cit.*).

2. Lorsque Justinien nous dit que l'enfant peut être justement exhéredé s'il n'a pas libéré son père de prison, alors qu'il le pouvait, en se portant caution pour lui, il n'a trait qu'aux enfants mâles, par application du sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes l'*intercessio*.

3. Si les enfants d'une personne tombée dans la démence avaient négligé d'en prendre soin, celle-ci, revenue à la santé, pouvait valablement les déshériter. Que si un étranger par commisération pour l'aliéné l'avait retiré chez lui

pour lui fournir les soins nécessaires, après avoir vainement interpellé, à ce sujet, ses enfants ou ses plus proches parents, Justinien décida que la succession du fou lui serait attribuée à l'exclusion des héritiers naturels et sans avoir égard au testament dans lequel le *de cujus* aurait institué un héritier différent *manentibus tamen aliis testamenti capitulis*. *

4. Lorsque le crime qui faisait l'objet de l'accusation était un crime de lèse-majesté ou de trahison contre la patrie, *adversus principem sive Rempublicam*, elle ne pouvait constituer une cause légitime d'omission ou d'exhérédation.

* L'observation faite à l'égard de l'aliéné est applicable aux enfants du captif qui ne l'ont pas racheté, si un étranger a eu la bienveillance de fournir la somme nécessaire à sa mise en liberté. Que si le captif est mort chez l'ennemi, ses biens sont inventoriés et adjugés à l'église de son pays natal, dans le but de servir à la rédemption des prisonniers de guerre.

5 Le testateur, qui, après en avoir été une première fois empêché par son fils, faisait un testament, pouvait exhériter valablement ce dernier. Mais si le père, par suite des violences de son fils, mourait *intestat*, sa part était dévolue aux personnes qui pouvaient prouver suffisamment que, s'il y avait eu un testament, il aurait été fait en leur faveur, suivant la maxime : *factum cuique suum, non alteri debet*. A défaut de cette preuve, l'hérédité était dévolue au fisc.

6. Parvenue à l'âge de vingt-cinq ans, la jeune fille que ses parents avaient négligé de marier convenablement en lui fournissant une dot proportionnelle à leurs ressources, ne pouvait être légitimement exhéritée, dans le cas où elle se serait abandonnée à la débauche ou se serait mariée avec un homme libre sans le consentement de son père, parce que, dit l'empereur (*non sua culpa sed parentum id*

commississe cognoscitur.) Que si elle s'était livrée à une vie luxurieuse avant vingt-cinq ans, ou s'était mariée avant cet âge avec un homme libre, sans l'autorisation de son père, elle pouvait être exhérédée valablement, bien que ses père et mère eussent refusé de consentir en sa faveur à un mariage sortable. Enfin, le fait de la part d'une fille d'entretenir des relations avec un esclave, était toujours une cause légitime d'omission ou d'exhérédation.

b. — Les justes motifs indiqués relativement aux ascendants, étaient au nombre de huit, en voici l'énumération :

Si capitis natum pater accusaverit. Ejus
Aut vitæ insidias clamve palamve struat.
Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
Prodere; nec veritus sit temerare nuntium.
Si pater et genitrix sibi fata scelestâ minentur
Fulcra nec ad nati clausa furentis eant.
Filius auxilio si non patris hostica linquit
Limina. Si genitor numen inane colat.

« La raison pour laquelle il y a moins de causes pour l'exhérédation des pères et mères, que pour celle des enfants, est, disait Ferrière, selon les Docteurs, que les enfants doivent plus à leurs pères et mères; ainsi les enfants peuvent plus facilement donner des causes d'exhérédation à leurs parents, que les parents à leurs enfants. »

c. — Enfin les trois justes causes concernant les frères et sœurs étaient : 1° l'attentat contre la vie; 2° une accusation criminelle; 3° la tentative de vol et le dommage considérable fait au patrimoine.

L'existence des divers motifs que nous venons de signaler comme justifiant l'exhérédation ou l'omission des légitimaires ne suffisait pas. Il fallait, en outre, premièrement, que le testateur en fit mention dans son testament; et secondement, que l'institué en fournit des preuves suffisantes

En effet, à partir de la novelle 115, le fardeau de la preuve fut imposé à l'héritier testamentaire.

Mais que décider au cas où le testateur, contrairement aux principes de la novelle, n'avait pas exprimé les causes d'exclusion? Devait-on en conclure que le testament était nul de plein droit? ou fallait-il le considérer simplement comme inofficieux? Une controverse passionnée existe à ce sujet entre les auteurs. (V. Van-Wetter, *op. cit.* t. II.)

D'après une opinion assez accréditée dans l'école allemande, la novelle 115 a pour résultat la nullité absolue du testament.

« Ce système, dit Maynz, nous paraît contraire aux » principes généraux et dépasser l'intention réformatrice de » Justinien. Nous ne pouvons nous persuader que, par rapport à la question qui nous occupe, l'empereur ait voulu » déroger au système de l'inofficiosité tel qu'il se trouvait » avant la novelle. C'est en vain que les partisans de la » nullité absolue et originaire invoquent les passages où il » est dit (nov. 115, c. 3, *in fine*, c. 4) que le testament » fait au mépris des règles nouvelles est sans valeur et » qu'il donne lieu à la succession *ab intestat*, car, dans ce » même passage le testament est qualifié de rescindé ; » or ce qui est inexistant ne peut être rescindé. D'ailleurs » des expressions absolument semblables ont été de tout » temps employées pour désigner la rescision obtenue au » moyen de l'ancienne *querela*. De quel droit, enfin, prétend- » on annuler une disposition de dernière volonté dont » personne ne se plaint? A quel titre veut-on faire profiter » d'une nullité exclusivement introduite en faveur des » légitimaires irréprochables, des personnes auxquelles le » testateur ne doit rien, ou mieux encore des personnes » qu'il a très justement exhéredées? »

C'est sous l'inspiration de cette idée que l'empereur n'a pas voulu déroger au système de l'inofficiosité tel qu'il

était avant la nouvelle, que nous repoussons également un second système connu sous le nom de système de rescision ou de nullité relative. Sans doute cette nouvelle doctrine est plus juridique que la première, par cela même qu'elle respecte le testament, quand la personne qui pouvait réclamer une légitime est morte avant le testateur, sans laisser après elle aucun colégitimataire, ou bien a renoncé à faire valoir ses droits. Sans doute cette opinion est plus conforme aux principes généraux, puisque, dans le cas de plusieurs institués, si l'héritier naturel n'a triomphé que contre l'un d'eux, la rescision n'opère que dans la proportion des droits reconnus au demandeur. Mais elle a encore le tort, suivant nous, de remplacer la *querela* par la pétition d'hérédité, laquelle à la différence de la première, n'est soumise qu'à la prescription de trente ans, n'expose point à une peine celui qui l'intente mal à propos, etc. Or nous ne saurions admettre une semblable innovation, en l'absence absolue de textes à l'appui.

Tel était d'ailleurs, autrefois le sentiment des plus illustres interprètes, tels que Cujas (*in tit. II, de inoff. test.*), Vinnius (*com. ad instit. tit. VIII*), Pérézius (*Com. ad. cod. liv. tit. XXX*), Voët (*ad Pandect. liv. V, n° XIII*, et Pothier (*Pandect. h. t.*). Telle est de nos jours encore, la doctrine la plus suivie en France, sous l'influence de Ducaurroy (*Explicat. des institut.*), Vernet (*oper. sup. cit.*) et M. Demangeat (*oper. cit.*). Après avoir rappelé cet adage que le silence gardé par la mère, l'aïeul maternel ou tout autre ascendant, simplement cognat, produit le même effet que l'exhérédation expresse émanée du père ou du grand-père paternel : « *Silentium matris tantum facit quantum exheredatio patris* », Ducaurroy ajoute : « L'exhérédation, les formes qui la régissent, la nullité que procure le droit civil et la *possessio contra tabulas* que donne le droit prétorien, sont exclusivement relatives au testament paternel. S'il en était ainsi de la nouvelle CXV, on pourrait admettre qu'elle fixe, à peine de

» nullité, les formes de l'exhérédation ; mais la nouvelle ne
» parle pas seulement des ascendants paternels ; elle s'oc-
» cupe aussi de la mère qui omet ses enfants et des enfants
» qui omettent leurs ascendants. Il est donc certain qu'on a
» voulu régler un point commun au testament paternel et
» maternel, un point commun au père qui exhérède
» ainsi qu'à la mère et à tous les autres testateurs qui
» peuvent omettre : or ce point commun, je ne puis l'aper-
» cevoir que dans la plainte d'inofficiosité. »

A. — Nous terminerons par quelques observations. Nous avons fait remarquer, il n'y a qu'un instant, qu'à la différence du droit antérieur, la justification de la légitimité de l'omission ou de l'exhérédation incombait, depuis la nouvelle 115, à l'institué. C'est dire que nous repoussons formellement la distinction que certains auteurs ont proposée, en se fondant sur la loi 28 C. h. t., distinction d'après laquelle, dès le règne de Constantin, la preuve était à la charge de l'institué, du moins lorsque le *querelans* était un ascendant. Nous croyons, en effet, conformément à l'opinion commune, que Constantin n'a nullement innové concernant la question qui nous occupe. L'idée qui nous paraît se dégager du texte précité, est simplement qu'on pourrait croire, quand une mère a été omise dans le testament de son fils, que cette omission n'est jamais justifiable, et que le fils devra toujours succomber, tandis qu'il n'en est rien (Demangeat, *op. cit.*), et que cette omission peut très bien se trouver justifiée par la conduite de la mère : « *Si mater inhonestis factis atque machinationibus...* » Le texte dit donc le contraire de ce qu'on veut lui faire dire, puisque Constantin, quand il parle de la mère exhérédée, veut qu'il soit prouvé que le fils n'a eu aucun juste motif de plainte contre sa mère, décision qui est en tout point conforme au droit commun, en matière de preuve. Quelle serait d'ailleurs la base de cette distinction ? Alléguerait-on que l'amour paternel ou maternel doit être présumé, jusqu'à

preuve contraire, avoir dicté le testament des ascendants ? Nous répliquerions que l'amour filial, aussi, doit être présumé avoir inspiré les dernières dispositions des enfants, de sorte que les considérations morales invoquées par nos adversaires sont, à bien dire, sans valeur.

B. S'il est incontestable que Justinien a innové *en général*, lorsqu'il a déterminé d'une manière limitative les justes causes d'exhérédation ou d'omission à l'égard des trois classes de légitimaires, il n'en est pas moins établi que, pour certains cas particuliers, ce prince ne fit que confirmer le droit antérieur. C'est ainsi que, dès avant cet empereur, on reconnaissait pour motifs légitimes et suffisants : 1° le fait pour un enfant d'avoir empêché son père de tester (l. 23. C. h. t. *Dioclet et Maxim.*; l. 23. C.; l. 2. C. *Si quis aliq. test. prohibet.* vi. 34.); 2° le fait pour le fils d'exercer la profession de gladiateur sans le consentement de son père, à moins que le père ne l'exerçât lui-même (Alexand., l. 11. C. h. t.); 3° le fait pour la fille du *de cujus* de mener une vie dissolue (l. 19. C. h. t.). Relativement aux ascendants, on peut citer encore un rescrit de Constantin qui admit comme légitimement exhérédée par son fils, une mère qui, en s'associant à ses ennemis, avait perdu ses titres au respect et à la reconnaissance du testateur : (*ita ut inimica potius quam mater crederetur.*) (l. 28. h. t. C.).

SECTION VI

Création de la *querela inofficiosæ dotis*.

Les diverses voies de recours dont nous avons constaté jusqu'ici l'existence, à Rome, dans l'intérêt des plus proches parents contre les libéralités désordonnées n'avaient pour objet que les legs, les fidéicommiss, les donations *mortis causa*, et, depuis Alexandre Sévère, les donations entre-vifs ordinaires. Quant aux constitutions de dot elles furent très

longtemps à l'abri de toute plainte d'inofficiosité, en considération, sans doute, de cette idée qu'on ne pouvait équitablement dépouiller le mari de la dot qui lui avait été donnée : *Nihil proponi potest cur dos marito sit auferenda*, parce que sans la dot il n'aurait probablement pas contracté le mariage : *non ducturus erat uxorem nisi dotem accepisset.*) Cependant, comme dans la pratique, les femmes épuisaient fort souvent leur patrimoine en dots exagérées, Constance déclara qu'à l'avenir les constitutions de dots seraient soumises à la légitime des enfants. Il est vrai que la loi unique au code *h. t.* semble prévoir uniquement l'espèce d'une dot promise par le contrat d'un second mariage ; mais ce qui prouve que telle était la règle générale, c'est la lecture de deux autres lois du code Théodosien, dont Justinien a formé celle dont il s'agit. L'une décide, d'une manière générale, que toutes les dots qui absorbent le patrimoine des pères et mères au détriment de la légitime des enfants, seront soumises au retranchement ; l'autre dispose qu'il en sera de même des dots constituées par les femmes à leurs maris. D'ailleurs il y a parité de raison, et de plus il est constant que la plainte de la dot inofficieuse a été réglée à l'exemple de la *querela testamenti*. Or, puisqu'un testament est déclaré inofficieux, quoiqu'il soit fait en faveur des enfants du testateur, il faut convenir aussi que la dot est inofficieuse, bien qu'elle soit faite et constituée pour la fille par le père.

Du reste, la renonciation de la fille à la succession de son père (*constituant*) ne la mettait pas à l'abri de la *querela inofficiosæ dotis*. Il semble, il est vrai, que, suivant l'expression de Ricard (*op. cit.*), « il n'est pas juste que la fille qui a renoncé ne pouvant gagner puisse perdre », mais il est plus juridique et plus équitable de décider avec le président Espiard (notes sur Lebrun), « qu'il n'y a rien de comparable » à la légitime : autrement, un père, en donnant une dot » très considérable à sa fille pourrait, en la faisant renoncer

» à sa succession, donner atteinte à la légitime des autres
» enfants », or il est certain que si la loi romaine per-
mettait les avantages préciputaires, c'était à la condition
de sauvegarder la légitime : « *quod nimis inæquale est non
valde placet uobis, sed oportere quidem proponi filios quos pater
voluerit, non tamen tantum minui aliis ut importabilis sit eis
imminutio.* » (Nov. 92. c. 1. Confer. art. 307. Cout. de
Paris).

DEUXIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

Ancien Droit Français.

Nous sommes réduits à des conjectures sur les lois de la Gaule avant la conquête. Certains pensent qu'il n'existait point chez les Gaulois de légitime ou de réserve légale, même au profit des enfants. En effet, enseignent-ils, le père, César l'atteste (*De Bello Gallico*, vi. 19) avait droit de vie et de mort sur ses enfants; *a fortiori* donc, pouvait-il les déshériter. D'autres estiment, à l'inverse, que les principes de la copropriété familiale qui régnaient en Germanie étaient consacrés chez les Gaulois; ils invoquent en ce sens une constitution de Théodose et d'Arcadius (C. Justinien, IV, xxxviii, 14) destinée aux habitants de l'Illyrie et de la Haute-Italie, qui paraissent avoir respecté longtemps les traditions celtiques, et d'après laquelle la validité de l'aliénation à titre onéreux des biens avitins devait être indépendante, à l'avenir, de l'assentiment des membres de la famille du vendeur.

Quoi qu'il en soit, la civilisation romaine ayant eu, après la conquête, la « terrible puissance d'extirper les lois, les mœurs, la langue, la religion nationales » (Guizot, *Hist. de la civilis. en France*), à tel point qu'à l'époque de l'invasion des Barbares les indigènes et les vainqueurs se trouvaient tous confondus sous le nom générique de Romains, la

légitime dut apparaître de fort bonne heure sur notre sol. S'y maintint-elle également durant la période franque? l'affirmative est vraisemblable : on peut voir à ce sujet, dans l'histoire du Droit romain du moyen-âge de M. de Savigny, les preuves nombreuses de la conservation des lois romaines pendant l'époque barbare. On sait, en effet, que les vainqueurs, loin d'imposer aux vaincus leurs propres coutumes, respectèrent l'usage des lois romaines qu'ils firent même rédiger avec les leurs, non-seulement pour éviter la confusion des diverses législations, mais encore par admiration pour la loi des vaincus, sous le joug de laquelle ils devaient insensiblement courber le front : une semblable législation pouvant seule désormais suffire à la réglementation de leurs relations, devenues beaucoup plus variées et plus durables (Guizot, *op. cit.*, t. I. p. 386). Il convient d'ajouter seulement que l'invasion ayant été plus désastreuse dans le Nord que dans le Midi, le Droit romain ne continua à dominer que dans les provinces méridionales. Dans le Nord, au contraire, nonobstant le principe de la personnalité des lois et la tolérance des vainqueurs, il fut supplanté par les traditions germaniques. De là, la fameuse distinction des pays de Droit écrit, situés en deçà de la Loire (Klimrath, *Œuvres complètes*, t. II), et des pays de Coutumes, qui s'entendaient de la partie septentrionale de la France. Dans les premiers, la légitime se conserva ; seulement, elle y fut régie, jusqu'au douzième siècle, par quelques textes de jurisconsultes classiques et par le Code Théodosien (Minier, *Hist. du Droit*). Dans les provinces du Nord, au contraire, la légitime dut disparaître généralement comme à peu près inutile, pendant que le testament fut inconnu. Il y a même plus, et bien qu'il soit certain qu'elle ne tarda pas à reprendre faveur dès que l'usage des libéralités testamentaires s'introduisit, il n'en est pas moins avéré qu'elle renaquit profondément modifiée par l'influence des Coutumes des conquérants, et ne fut destinée qu'à servir de complément aux réserves coutumières.

C'est ce qui ressortira de nos explications sur l'origine de cette dernière institution.

En Germanie, nous voyons, dès une antiquité assez reculée, consacrés ces trois principes : la puissance paternelle est une tutelle (Tacite, *Germania*, 19); les membres d'une famille sont copropriétaires (Pardessus, *Loi salique*, p. 721; Laboulaye, *Propriété foncière en Occident*, p. 372); le sang fait les héritiers (Tacite, *op. cit.*, xx). Il est clair que le corollaire forcé d'une semblable théorie était l'inutilité de toute restriction au droit de propriété, en faveur des enfants. Que ces principes aient été maintenus d'une manière générale, après la conquête, dans le rapport des vainqueurs entre eux, c'est ce qui nous semble très probable, soit en présence de l'ancien brocard : *En pays coutumier, institution d'héritier et puissance paternelle n'ont lieu*, soit encore en face du silence de la loi Salique et de la loi Ripuaire sur le pouvoir de tester, soit, enfin, en présence de cette observation de Lehuërou, que : « Longtemps » après que la terre fut devenue une propriété transmissible » par vente, donation..., elle resta comme suspendue entre » deux tendances contraires qui se la disputaient. Elle tou- » chait d'un côté, à l'époque où elle appartenait à tout le » monde; d'un autre, à celle où elle n'appartiendrait plus » qu'à un seul, elle avait cessé d'être commune, sans devenir » pour cela individuelle. Dans cette ère de transition, il n'y » avait point de biens personnels, il n'y avait que des biens » de famille. Tous les membres de la famille étaient » copropriétaires, » et c'est pourquoi, sans aucun doute, d'une part, la loi des Saxons (tit. XVII) obligeait celui qui voulait aliéner un de ses immeubles, à l'offrir tout d'abord à ses plus proches parents..., c'est pourquoi, enfin, d'autre part, la loi Burgonde (t. LI) ne permettait au père de disposer librement que des fruits de son travail et grevait, au contraire, d'une indisponibilité absolue, tous autres biens. Il est vrai que sous l'influence du Code Théodosien et surtout

de l'Église qui en fit trop souvent un abus (de Laurière, t. I, p. 441; Montesquieu, *Esprit des lois*, 1, 28, c. 41), le testament s'introduisit peu à peu, dans la pratique, chez les vainqueurs des contrées septentrionales. C'est l'opinion générale, en effet, que, dès le règne de Charlemagne (Guizot, *op. cit.*, xxii^e leçon), cette forme de disposer était très répandue. Mais les anciennes traditions furent du moins, quant au fond, conservées et les droits de la famille équitablement sauvegardés, car Beaumanoir l'affirme (*Cout. de Beauvoisis*, n^o 3, ch. 12) : les donations testamentaires pouvaient généralement excéder les acquêts, les meubles et le cinquième des propres. Les autres quatre cinquièmes étaient indisponibles : c'étaient les réserves coutumières.

Bien mieux, ce grand jurisconsulte ajoutait que, dans le cas d'insuffisance desdites réserves, il était d'usage de subvenir aux besoins des enfants en frappant d'indisponibilité une partie des autres biens. « *Cascuns gentixhon ou hos de poeste, qui n'est pas sers, pot laisser en son testament ses muebles, ses conquestz et le quint de son hirétage là u il li plect.... Neporquant, se li remanans de son hirétage n'est pas si grantz qu'il sauffisse à la sostenance des enfanz, et li mueble et li catel sont grant, et li n'en laisse nul à ses enfanz, ançois doit être retret dou testament, tant que li hoir pousse reznablement vivre et avoir lor sostenance selon lor estat.* » C'était, comme on le voit, la légitime romaine introduite à titre subsidiaire dans nos Coutumes. Sans doute, comme nous le faisons observer il n'y a qu'un instant, cette institution, en s'acclimatant dans le nord de la France, subit l'influence de la législation coutumière. Et d'abord, ayant pour but primordial de compléter la réserve, elle ne portait pas, comme à Rome, sur l'ensemble des biens, mais uniquement sur les « *muebles, conquestz et quints de son hirétage.* » De plus, à l'effet de respecter le plus possible la libre disposition des biens entre-vifs que nos anciens auteurs recon-

naissaient avoir pour base le droit naturel, les Coutumes crurent devoir restreindre aux enfants le bénéfice de la légitime. Enfin, sa quotité, loin d'être fixée suivant le nombre des enfants, variait, dans l'origine, suivant les besoins de ces derniers, et fut fixée plus tard à un taux invariable.

Toutefois, quelque sérieuses que fussent les différences qui existaient entre la légitime des pays de Coutumes et la légitime des pays de droit écrit, nous jugeons inadmissible de soutenir, avec certains de nos anciens auteurs, que la légitime dont nous parle Beaumanoir était d'origine coutumière. Car Dumoulin, qui écrivait avant la reformation des Coutumes, signalait comme source de la légitime les principes du Droit romain. De même la Coutume de Bourgogne (art. 7, ch. VII) voulait qu'on laissât aux enfants « la légitime *qui par droit écrit leur appartient.* » Enfin, longtemps auparavant, Pierre de Fontaines, en convenant de la nécessité pour un père de ^{sub}parvenir à la *sostenance* de son enfant, invoquait, à ce sujet, les lois romaines (*Conseil*, ch. xxxiii, §§ 5 et 25). Nous persistons donc à ne voir dans cette institution qu'un emprunt fait par les pays des Coutumes aux pays du droit écrit. Et comme ces derniers, à leur tour, se virent tenus, sous l'influence de la féodalité, d'emprunter aux provinces du Nord les réserves coutumières, nous sommes heureux de constater qu'en raison même des avantages que présentaient particulièrement la légitime et la réserve, l'élément romain et l'élément germanique, loin de se livrer un regrettable antagonisme, ne tardèrent pas à se prêter un mutuel appui. Aussi, dans nos développements sur les deux institutions dont nous venons d'esquisser l'historique, n'établirons-nous pas une ligne de démarcation entre la jurisprudence du Nord et celle du Midi. Tout au contraire, nous nous efforcerons de les rapprocher sans cesse, pour mieux les comparer au besoin. Enfin, après avoir examiné successivement les réserves et

les légitimes ordinaires, nous présenterons quelques réflexions sur la légitime féodale, la légitime de Grafe, le douaire et l'augmentation de dot.

CHAPITRE PREMIER

Réserves coutumières.

§ 1

Des biens qu'elle avait pour objet, sa quotité.

L'esprit général du droit coutumier tendant à la conservation des biens dans les familles avait donné naissance à la célèbre distinction des Propres et des Acquêts. Les premiers s'entendaient : 1^o de tous les biens que le *de cujus* avait reçus par succession légitime ; 2^o des biens qu'il tenait par libéralité entre-vifs ou testamentaires de l'un de ses parents en ligne directe. Tous autres biens étaient acquêts. Il est à remarquer d'ailleurs qu'il n'y avait que les immeubles qui fussent susceptibles de jouir de la qualité de propres, « tant, nous dit Pothier, » *Traité des successions*, parce que les meubles dont le » commerce est trop fréquent ne sont pas de nature à être » conservés.... que parce que c'était dans les héritages que » consistaient les fortunes du temps de nos ancêtres.... » Or les propres étaient les seuls biens qu'atteignaient généralement les réserves coutumières.

Par exception, désireuses d'obvier à des abus, certaines coutumes dites de subrogation (Bretagne, 199, 203; Poitou, 207) y soumettaient également les acquêts et les meubles dans les cas où le testateur ne laissait pas de propres. Plus protectrices encore, d'autres coutumes déclaraient

raient invariablement sujets à la réserve les immeubles possédés par le *de cujus* à titre d'acquêts. (Normandie, 431. 441). Enfin, les coutumes d'Auvergne (XII, 41, 43), de Bourbonnais (921), etc , y soumettaient, dans tous les cas, les biens mobiliers eux-mêmes. Or il est à remarquer qu'ici la réserve se rapprochait étroitement de la légitime sans pourtant se confondre avec elle, puisqu'elle était commune à tous les successibles.

Sous le rapport de la quotité, les réserves étaient, suivant l'expression de Lebrun, « bien bigarrées dans notre droit » coutumier. » A Paris (292) elles étaient des quatre quints.

Gardons-nous, d'ailleurs, de croire que, en sens inverse de la doctrine consacrée par les coutumes de subrogation. l'absence de meubles et acquêts dans la succession augmentait le disponible des propres. Ce serait une erreur (Paris, 293, 294). Seulement elle modifiait en faveur du testateur les conditions d'âge requises pour la validité du testament en matière d'héritage. La capacité de léguer les propres ordinairement retardée jusqu'à vingt-cinq ans était, dans ce cas, avancée à vingt ans, âge auquel on pouvait disposer librement par testament de ses meubles et acquêts. — (Paris, art. 293-294.)

§ 2

Personnes appelées à en bénéficier.

Nos coutumes accordaient une réserve à tous les membres de la famille dans laquelle devaient rester les propres, pourvu qu'ils eussent vocation à l'hérédité. Il convient seulement de remarquer que, vis-à-vis des indignes, des incapables, des exhérédés, et de renonçants, on tenait pour maxime qu'il leur était impossible non-seulement de prétendre à la réserve par voie d'action, mais encore de la retenir par voie d'exception,

ce qui constituait une nouvelle, mais très frappante différence entre cette institution et la légitime de droit.

La qualité d'héritier étant ainsi nécessaire, voici quels étaient les principes de la succession des propres. On distinguait trois classes de coutumes : Les deux premières remontaient toujours jusqu'à l'origine des propres, pour en régler la dévolution, c'est-à-dire jusqu'à celui des membres de la famille qui, le premier, les avait acquis et possédés. Mais elles différaient en ce que les unes, dites *souchères*, affectaient exclusivement ces propres à la ligne descendante de l'acquéreur primitif, tandis que les autres, dites de côté et ligne appelaient, à défaut de descendants, le plus proche collatéral, pourvu qu'il appartint à la même ligne et à la même branche. Quant à la troisième classe de coutumes, dites de simple côté, elles appliquaient simplement la règle *paternu paternis*.... Or telle était également (Louet, *Recueil d'arrêts*) la maxime appliquée aux coutumes muettes sur la question, car « cette règle, nous dit Pothier, étant la plus » simple est par conséquent préférable dans les coutumes » qui ne s'en sont pas expliquées. » Au surplus, quelles que fussent les distinctions locales anciennement admises relativement à la succession des propres, il était partout reconnu que les descendants primaient tous autres parents. Mais les ascendants furent longtemps écartés par le brocard : *Propres ne remontent*. Nul doute, en effet, que, lorsque le service du fief était sérieusement exigé et que le consentement des seigneurs était requis, au moins en la forme, pour sa transmission, il eût été illogique de faire remonter un fief aux mains débiles d'un vieillard..... Aussi ne succédaient-ils point à leurs enfants, et même, à défaut des parents, le fisc leur était préféré (de Laurière, *sur Paris*, 312.) Il en fut autrement dans le dernier état du droit. Pothier nous apprend, en effet, que la règle ancienne ne signifie autre chose sinon que l'héritage propre d'enfant ne remonte pas aux ascendants d'une autre

famille. On avait, en d'autres termes, fini par regarder la maxime féodale comme une simple application du principe : *paterna paternis, materna maternis*. Dès lors parini les membres de la famille d'où provenait le propre ou reconnu successivement une réserve aux descendants, aux ascendants et aux collatéraux, car tel était l'ordre de leur vocation *ab intestat*.

§ 3

Libéralités atteintes par la réserve.

A l'origine, ce n'étaient pas seulement les actes à titre gratuit qui étaient susceptibles d'être critiqués par la famille de leur auteur, c'étaient aussi les actes à titre onéreux. De Laurière nous apprend, en effet, que les propres restèrent longtemps inaliénables sans le consentement des héritiers appelés par la loi, ou sans une nécessité reconnue, ou, enfin, sous la condition qu'ils seraient remplacés par de nouvelles acquisitions, et telle fut l'origine du retrait lignager (*Traité du droit d'amortissement*, p. 55).

Cette interdiction de vendre les propres, dont les suites ne pouvaient qu'être funestes à l'ordre social, fut abolie. On recouvra même la liberté de les donner entre-vifs. Il est vrai que, dans bon nombre de Coutumes, les anciennes traditions furent respectées. C'est ainsi que les articles 336 et 338 de la Coutume du Maine, 76 de la Coutume d'Artois, etc., conservèrent les vieux usages, même à défaut d'enfants. C'est ainsi, encore, que certaines Coutumes, comme Clermont en Argonne, vi, 1, déclaraient les propres absolument disponibles pour la personne qui laissait des enfants. Enfin, d'autres (Normandie, 431, 441) se bornaient à limiter, dans tous les cas, le pouvoir de disposer entre-vifs.

Mais, en général, il fut admis que ce genre de libéralités ne pourrait pas être critiqué. Seule, la défense de disposer

par testament de la totalité ou du moins de la ^{moyenne} partie des propres, resta dans la plupart de nos Coutumes. Et la raison en était simple : « Les Coutumes, nous dit » Argou (*Instit. au Droit français*), ont permis de disposer de » tous les propres par donation entre-vifs, *parce qu'il arrive* » *rarement qu'un homme se dépouille de son vivant....* Et néan- » moins, s'il veut le faire, la Coutume le lui permet, ne vou- » lant pas l'obliger à plus d'égards pour ses héritiers qu'il » n'en a pour lui-même. » Ce n'est donc point seulement par application de cette distinction, évidemment erronée, que la donation est de droit naturel et le testament de Droit civil, que les libéralités entre-vifs furent seules à l'abri de l'action en réduction. C'était bien plutôt parce que, à raison de l'irrévocabilité des donations et des formes multiples dont ce contrat était hérissé, il n'était guère à craindre que le propriétaire, ordinairement attaché à ses biens, se dépouillât pendant sa vie. On pourrait ajouter qu'il dût paraître difficile à nos anciens auteurs d'apposer une limite aux donations qui, à la différence des testaments, reçoivent leur exécution du vivant du propriétaire et sans le secours de la loi. C'est pourquoi il était assurément singulier que, à Sedan (Cfr. 108 et 134) et dans la Marche (212, 306, 307), les propres fussent totalement indisponibles entre-vifs quand une portion en était disponible par testament.

§ 4

Action en retranchement.

L'action en retranchement servait de sanction aux réserves coutumières. Elle était réelle de sa nature. Toutefois, c'était une question de savoir si lorsque le testateur avait légué certains héritages propres qui excédaient le quint des propres, le successible était obligé, pour être admis à retenir les quatre cinquièmes formant sa réserve, d'aban-

donner au légataire tous les biens disponibles. — Pour la négative, Renusson alléguait le brocard : *Voluit quod non potuit, noluit quod potuit*. Il argumentait également de la loi 36 C., *De Inoffic. testamento*. Pour l'affirmative, Dumoulin, *sur Paris*, 92 et 93, faisait observer que le droit commun, en réservant à l'héritier les quatre cinquièmes des propres du défunt, ne lui pouvait donner plus de droit dans ces propres qu'il n'en avait dans sa propre chose, et que, par suite, du moment qu'il ne pouvait refuser la prestation du legs de sa proche chose qu'en abandonnant le disponible auquel il succédait, il ne pouvait, par les mêmes motifs, refuser la prestation du legs des propres s'il retenait le disponible. Il ajoutait, relativement à l'argument tiré de la loi 36 C., *De Inoff. testamento*, que cette disposition exorbitante étant uniquement fondée sur la grande faveur dont Justinien avait voulu entourer la légitime ne devait, sans injustice, être étendue aux réserves coutumières qui n'avaient pas spécialement pour base les devoirs de la nature.

Ce qui d'ailleurs ne faisait pas de doute, c'est que dans le cas où le successible faisait réduire au quint disponible le legs d'un héritage formant l'unique objet de ses droits *ab intestat*, le légataire ne pouvait demander aux héritiers des meubles et acquêts, l'estimation des quatre cinquièmes dont il avait subi le retranchement, « *quia*, disait Dumoulin, *sur Paris*, article 93, *legatum est de certo corpore*. » Il était de principe, en effet, que les legs de corps certains ne devaient être exécutés que par ceux qui y succédaient.

Dans la pratique, le réservataire seul continuateur de la personne du défunt, pouvant être poursuivi *in solidum*, déduisait sur le disponible qu'il devait abandonner aux légataires les sommes nécessaires pour acquitter la portion de dettes qui incombait de par la loi au disponible; et ce n'est qu'après cette déduction que l'héritier exécutait successivement les legs à titre particulier, « en commençant par les legs de corps certains », les legs à titre universel et

les legs universels : ce qui signifie, en d'autres termes, que les legs devaient servir, au besoin, à payer les créanciers conformément au principe : « *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno.* » S'il en était autrement des biens donnés, c'est qu'à l'égard des créanciers, les biens ainsi aliénés à titre gratuit, étaient valablement sortis du patrimoine du défunt et n'étaient plus leur gage; encore fallait-il, bien entendu pour cela, que l'héritier prit soin d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Or, en fait, le successible devait hésiter fort souvent à opter pour ce genre d'acceptation; car c'était un droit anciennement établi dans les pays coutumiers, que le parent, qui offrait d'accepter purement et simplement la succession du défunt, était préféré au parent d'un degré plus proche que lui, qui l'avait acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Du reste, DANS LES RARES COUTUMES QUI ADMETTAIENT LA RÉDUCTION DES DONATIONS EN MATIÈRE DE RÉSERVE, on ne permettait le retranchement des donations que si les libéralités testamentaires étaient insuffisantes à satisfaire l'héritier. Dans ce cas, on discuta pendant longtemps si la réduction des dons entre-vifs devait être proportionnelle ou rétrograde.

Le premier système était incompatible avec la règle célèbre donner et retenir ne vaut. Aussi la doctrine contraire, d'ailleurs consacrée par la jurisprudence la plus ancienne des parlements de Toulouse et de Provence, ainsi que par les coutumes du Maine (347) et d'Anjou (335), fut-elle définitivement adoptée par l'ordonnance de 1731 (art. 34).

Il est à regretter, encore de nos jours, que cette belle ordonnance n'ait pas tranché, du même coup, la question de savoir par qui et comment serait supportée l'insolvabilité des derniers donataires. Bourjon (*Successions*, II, n^{os} 73, 74) la mettait à la charge de tous les donataires anté-

rieurs, au prorata de leur émolument. Lebrun (*oper. cit.*, n° 25) accordait un recours contre le donataire qui précédait immédiatement l'insolvable. Lemaitre (*sur Paris*, p. 450), de son côté, et à l'inverse, faisait supporter l'insolvabilité du gratifié par le réservataire. Enfin Pothier (*Traité des donations*, n° 236) pensait que la perte devait incombier à la fois aux légitimaires et aux donataires antérieurs, de sorte que, pour atteindre ce but, on devait faire abstraction dans le calcul de la masse des biens donnés à l'insolvable. Nous nous prononcerons nous-mêmes sur l'article 923 du code civil.

Pour la réduction des libéralités testamentaires, on ne suivait pas le système de la réduction proportionnelle, mais on distinguait les legs universels, les legs à titre universel et les legs à titre particulier. Ces derniers n'étaient atteints qu'après l'épuisement des premiers, qui, pensait-on, ne doivent comprendre que ce qui reste disponible, après l'accomplissement des charges héréditaires. Ce n'est que dans le cas où il s'agissait d'opérer le retranchement sur des legs de même nature que la réduction se faisait (au sol la livre). Au surplus cette action se prescrivait par dix à vingt ans contre les détenteurs à titre particulier et de bonne foi, et par trente ans contre les successeurs universels. (Ricard, n° 1004).

CHAPITRE II

Légitime.

SECTION PREMIÈRE

Sa nature; personnes appelées à en profiter.

Les réserves coutumières n'atteignaient, en général, que les libéralités testamentaires. En conséquence le défunt

eût-il disposé entre-vifs de tout son patrimoine, les donataires étaient à l'abri de toute action. De plus, suivant le droit commun, les réserves n'avaient pour objet que les propres. Si donc le *de cuius* n'avait laissé que des acquêts et des meubles, ses héritiers les plus proches, ses enfants eux-mêmes pouvaient en être impunément dépouillés. Enfin dans le cas même où le testateur avait laissé des propres, le droit d'aînesse, qui était à Paris des deux tiers et dans certaines coutumes des quatre cinquièmes, rendait illusoire ou absorbait la réserve coutumière. De là l'introduction dans la France du Nord de la légitime de droit écrit. Seulement, nous l'avons observé déjà, la légitime en se généralisant au delà de la Loire subit l'influence des réserves coutumières. Elle devint notamment un titre héréditaire. *Apud nos nemo legitimam habet nisi qui heres est*, disait Dumoulin (*sur Paris*, art. 125. ancienne coutume.). Une difficulté très grave découlait de cette innovation dans l'hypothèse d'une succession insolvable... car le légitimaire se trouvait forcément exposé aux poursuites des créanciers héréditaires, auxquels profitait en réalité le retranchement des donations. Frappés de ce résultat, Dumoulin, *sur Paris*; et Basinaison, *sur l'ancienne coutume d'Auvergne*, décidaient que l'enfant pouvait s'abstenir et néanmoins réclamer le retranchement de la donation. De son côté, Guy-Coquille, *sur Nivernais*, soutenait que la qualité d'héritier était nécessaire pour exercer l'action en réduction, mais qu'il suffisait de se porter héritier en la légitime seulement. De tels expédients n'étaient évidemment point sérieux, car le premier ne tenait aucun compte du caractère héréditaire de la légitime, et le second admettait, en violation des plus anciens principes, une acceptation partielle de l'hérédité, sans justifier, pour cela, l'affranchissement proportionnel des dettes.

Le sentiment de Ricard fut plus heureux, car ce grand

jurisconsulte proposa le bénéfice d'inventaire qui protège, en effet, les biens personnels de l'héritier contre les poursuites des créanciers héréditaires. Or, suivant l'observation de Pothier (*Traité des Donations*) : « On peut » dire des biens donnés rentrés par l'effet de la réduction » que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, » puisque le donateur s'en était dessaisi de son vivant ; » qu'encore bien que le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce » retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tiennne du défunt et » auquel il ait succédé.... puisque le défunt ne l'a jamais » eu ; il ne le tient donc pas du défunt ni de la succession » mais de la loi. »

Nous venons de voir qu'il fallait se porter héritier pour être reçu à réclamer la légitime. On aurait dû admettre, en conséquence de ce principe, que l'enfant donataire entre-vifs serait au cas de renonciation dans l'impossibilité de retenir, outre le disponible, sa légitime. Cependant, par un retour illogique aux doctrines romaines, nos anciens auteurs tenaient, au contraire, pour incontestable que, dans notre espèce, la renonciation à la succession n'emportait pas renonciation à la légitime. (*Paris*, 307).

Au surplus, la question de savoir quelles étaient, parmi les successibles, les personnes appelées à la légitime, recevait une solution différente suivant qu'on envisageait les pays de droit écrit ou les pays de coutume. Au midi de la Loire, on suivait le Droit romain ; les parlements du Nord refusaient, au contraire, de reconnaître une légitime aux ascendants. On alléguait, en faveur de cette jurisprudence, que les ascendants n'avaient aucun droit, *jure naturali*, à la succession de leurs enfants, et l'on ajoutait que si l'on accordait aux ascendants une légitime sur les meubles et les acquêts on priverait les enfants de leur droit de disposition, puisque les quatre cinquièmes des propres étaient déjà réservés. Vains prétextes, assurément ! car

l'équité commandait de reconnaître à cette époque, aussi bien qu'au siècle de Papinien, que, « *turbato ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis piè relinqui debet.* » (L. 15. pr. *De Inofficiosi testamento.*) De plus, nous verrons bientôt que, dans le ressort de la coutume de Paris, qui constituait le droit commun de la France, la légitime ne portait que sur la moitié des meubles et des acquêts; de sorte que l'enfant, si l'on eût accordé une légitime aux ascendants, aurait pu néanmoins disposer à son gré non-seulement de l'autre moitié, mais encore du cinquième des propres que n'atteignait pas la réserve.

Concernant les descendants, la législation ancienne était à peu près uniforme et accordait la réduction aux enfants légitimes et aux enfants légitimés par mariage subséquent. Toutefois, à la différence des pays de droit écrit, les pays coutumiers réduisaient à de simples aliments le droit des enfants naturels. Seules les coutumes de Valenciennes, Saint-Omer, Théroüanes, etc. (Lebrun, liv. 1, ch. II, *op. cit.*), se montraient plus favorables en consacrant la maxime : « Nul n'est bastard de par sa mère. »

A l'égard des frères et sœurs, la loi romaine était reçue dans les pays de droit écrit. Or, chose remarquable ! son application se généralisa insensiblement dans les coutumes qui, pourtant, refusaient une légitime aux ascendants. Certaines (Bourgogne, Orléans) en avaient même des dispositions expresses : ce qui nous porte à croire avec Pothier (*sur l'art. 277 de la cout. d'Orléans*) que, dans le cas d'institution d'une personne *non integræ existimationis*, les ascendants eux-mêmes devaient logiquement être reçus, dans leur ressort, à critiquer les dernières dispositions du *de cuius*.

SECTION II

Quotité de la légitime. Sa détermination.

A. — Le taux de la légitime variait dans l'ancien droit. Au Midi, par exemple, le Droit romain avait été abandonné

par bon nombre de coutumes. C'est ainsi que la coutume de Toulouse permettait primitivement au père de ne laisser à ses enfants que cinq sols tholozaïns (Richebourg, *Consuetudo Tolosæ*, t. IV.)

Encore plus rigoureuse, la Coutume de Montpellier, art. 55, respectait invariablement les avantages consentis par le père au préjudice de ses enfants s'il leur avait laissé le moindre objet (*et si modicum sit relictum*), de manière à rendre impossible de sa part toute supposition d'oubli coupable, et à ériger, par suite, en une invincible présomption légale le bien fondé du dépouillement de ses enfants. (Sic, Alais, 15)

Ajoutons qu'une innovation fut introduite, concernant la légitime de la mère, par un édit de mai 1569. Afin d'éviter que les propres ne passassent d'une famille dans une autre, Charles IX réduisit le droit de la mère dans la succession de ses enfants aux meubles, aux acquêts et à l'usufruit de la moitié des propres. Or, comme sa légitime était du tiers, d'après la nouvelle 18, elle était du sixième des propres en usufruit, et du tiers des meubles et des acquêts. L'édit des mères ne recevait pourtant pas application si l'enfant avait institué un étranger pour le tout. Comme ce dernier avait consenti lui-même, dans l'espèce, à ce que tous ses biens sortissent de sa famille, on ne devait pas refuser à la mère le droit de bénéficier partiellement de cette transmission, et c'est pourquoi l'on appliquait alors le Droit romain.

A l'égard de nos coutumes, nous distinguerons trois époques :

« Auparavant la réformation de la Coutume de Paris, nous » dit Ferrière (*Jurisprudence des nouvelles*), *il n'y avait que la* » *Coutume de Bourgogne qui regloit la légitime au tiers et on* » *suivait pour lors, dans celle de Paris et dans les autres,* » *la disposition de cette nouvelle.* »

Lors de la rédaction des Coutumes, la jurisprudence prit

une face nouvelle. Il résultait, en effet, de la novelle, que cinq enfants avaient une légitime plus forte que quatre. On crut, dès lors, généralement rendre hommage à l'équité en adoptant des quotités plus ou moins fortes que celles du Droit romain, mais toutes également fixes et indépendantes du nombre des légitimaires. C'est ainsi que les Coutumes de Paris et d'Orléans fixèrent la légitime à la moitié de la portion *ab intestat*.

A l'égard des Coutumes muettes, on convenait assez généralement que la novelle 115 devait prévaloir dans le ressort de toutes celles qui renvoyaient au Droit romain la décision des cas omis ou imprévus. Pour les Coutumes où le Droit romain ne servait que de raison écrite, la controverse resta longtemps animée : tout était incertain et ce n'est que dans la troisième époque que la jurisprudence se fixa. Cette troisième époque commença par l'arrêt mémorable de 1672, 10 mars : il fut jugé que le Droit romain n'ayant point force de loi dans le Nord, devait céder le pas devant la disposition de la Coutume de Paris qui formait le droit commun.

B. — Pour déterminer la légitime, plusieurs opérations étaient nécessaires (Paris, 298) : 1° réunion des biens donnés aux biens extants ; 2° déduction des dettes ; 3° estimation de l'excédant , c'est-à-dire qu'à la différence des principes admis en matière de réserves, les donations étaient aussi réductibles que les testaments. On ne distinguait même pas si lesdites libéralités avaient été faites avant la naissance des enfants demandeurs, par ce motif qu'une donation faite à une personne sans enfants étant révoquée de plein droit par la survenance d'enfants, elle doit également être regardée comme non avenue, lorsqu'ayant été consentie par une personne ayant déjà des enfants, il lui en survient de nouveaux. Mais on discutait beaucoup, avant l'ordonnance, si la dot d'une fille était sujette au retranchement du vivant du gendre, qui, selon

bon nombre de jurisconsultes, l'ayant reçue *ad onera matrimonii substinenda*, semblait ne pouvoir équitablement en être dépouillé. Certains auteurs pensaient avec raison qu'ayant dû savoir que la dot, par sa nature de donations faites à sa femme, était sujette à la légitime des autres enfants, le gendre était censé l'avoir reçue lui-même à cette charge. Et c'est ce que décida, en effet, l'ordonnance de 1731.

Logiquement, on aurait dû admettre (Espiard de Saulx, *Notes sur Lebrun*; sic, Dumoulin, *Sur Auvergne*, art. 14, ch. 12) la même solution vis-à-vis de la dot de religion; car il est inexact de prétendre, avec Pothier, que « ce n'est pas » une donation faite à la fille qui, par la profession religieuse, devient incapable d'acquérir... », il est certain, au contraire, que la fille était capable d'acquérir avant son entrée dans le couvent; il est certain aussi que le père n'a rien reçu en retour et qu'il y a, par suite, vis-à-vis de la fille, acte gratuit et réductible.

Les biens soumis à l'action en retranchement devaient être estimés, ainsi que ceux de la succession, le prix qu'ils valaient lors du décès et couchés, pour cette valeur, dans la masse des biens extants. Seuls, les meubles qui d'ordinaire se détériorent par l'usage et dont les dépréciations doivent, bien entendu, être supportées par celui qui en jouit, étaient estimés d'après leur état et leur valeur au jour de la donation.

Chaque légataire prenait ainsi dans la masse ainsi formée la moitié de la part qu'il aurait eue à défaut de libéralités; il était donc intéressant de connaître les enfants qu'il fallait compter.

Au premier rang de ceux qui faisaient nombre, devait évidemment figurer celui qui venait à la succession ou qui ne s'abstenait que pour s'en tenir aux libéralités qu'il avait reçues du *de cuius*. On devait même compter les filles dotées dans les Coutumes d'exclusion, ou celles d'entre elles, dans

les Coutumes ordinaires, qui avaient, par leur contrat de mariage, renoncé à la succession du constituant; car, n'étant incapable qu'en conséquence de la dot par elles reçue, il était exact d'affirmer qu'elles auraient pris part au partage si le défunt ne les eût point dotées. Au contraire, l'enfant qui avait renoncé gratuitement n'était compté que s'il avait renoncé en faveur de quelques-uns seulement des légitimaires. Car alors on regardait cette renonciation comme une cession impliquant l'acceptation de l'hérédité. Dans toute autre hypothèse, il ne faisait point nombre, pas plus que l'indigne ou l'exhéredé pour justes causes, par application de la loi 10 § 4, D., *De Bon. poss. contra tabulas*, d'après laquelle toute personne qui ne prend point de part ne saurait logiquement faire de part.

Telle était du moins la solution qui était enseignée par la grande majorité des jurisconsultes coutumiers. Dans le Midi, au contraire, de très sérieuses divergences existaient entre les auteurs. Les uns soutenaient, avec Guillaume de la Champagne, que, en conséquence du caractère individuel de la légitime, il fallait compter tous les enfants et repousser l'accroissement; d'autres décidaient, avec Bartole, qu'il fallait compter tous les enfants, mais que, cependant, l'on devait admettre l'accroissement si le titre auquel la légitime était recueillie le comportait. De leur côté, Furgole et Charondas, enseignaient que le renonçant et l'exhéredé devaient faire nombre non point *ad minuendam*, mais *ad augendam legitimam*; enfin certains estimaient, avec Balde, Cujas et Voët, que ceux-là seuls devaient faire part qui prenaient part, système évidemment le plus plausible.

Avons-nous besoin d'ajouter que le demandeur devait subir l'imputation des libéralités par lui reçues? A vrai dire, Cujas (*Consultat.* 24) et Loyseau, *Traité des offices*) avaient prétendu que les donations ne devaient s'imputer que si elles avaient été faites sous cette condition. Mais, bien que cette opinion ait été consacrée par un arrêt du parlement

de Provence, 13 mai 1608, Duperrier, qui le rapporte, ajoute que la décision contraire avait prévalu par la suite dans cette Cour.

Bien plus, on obligeait les petits-enfants venant à la succession de leur aïeul par représentation de leur père prédécédé, à imputer sur leur propre légitime les biens donnés à leur auteur, « sans quoi, disait Catellan (*arrêts du parlement de Toulouse*), ils se trouveraient prendre une double légitime sur les biens de cet aïeul, l'une par les mains du père et l'autre par leurs mains. »

Au reste, on admettait, bien entendu, une exception pour les libéralités dispensées de rapport, soit par le donateur « *dans les coutumes de préciput* », soit par la loi. C'est ainsi que (Paris et Orléans, 309) la doctrine de l'imputation était inapplicable aux « nourritures, entretènements, instructions et apprentissage d'enfants. » C'est ainsi encore que nos anciens auteurs avaient soin de soustraire à l'imputation les frais d'éducation qu'ils distinguaient soigneusement des frais d'établissement. Seulement, observait avec raison Coquille (*sur Nivernais*), « il faut que ces frais soient modérés selon les facultés des pères. »

Mais une controverse devenue célèbre, par cela même que, n'ayant été tranchée qu'en partie par le code civil, elle divise encore, de nos jours, les plus illustres interprètes, consistait à savoir si le légitimaire devait imputer ce qu'il avait reçu, soit en usufruit, soit en nue-propriété, ou si, au contraire, il pouvait, en conformité de la loi romaine, cumuler les avantages par lui reçus avec le bénéfice de l'action en retranchement. La difficulté est grave, disait Ricard : « ce qu'en ont écrit nos docteurs sert plutôt à l'embarrasser qu'à faciliter le moyen de trouver la véritable décision. »

Suivant Despeisses (*Succ. testament.*), l'héritier naturel devait se trouver content, dès qu'il trouvait une récompense, soit de ce qu'il avait en moins de propriété dans ce

qu'il avait en plus de jouissance, soit réciproquement de ce qu'il avait en moins de jouissance dans ce qu'il avait en plus de propriété. (*Contra*, Ricard et Renusson.)

D'autre part, Dumoulin pensait que le légitimaire gratifié par son auteur devait simplement opter entre la conservation des libéralités à lui consenties sans supplément de légitime et sa légitime pure et simple, imputation faite des dons par lui reçus.

Enfin Guy Coquille admettait le cumul et son opinion était généralement suivie, si l'on en croit Merlin.

La doctrine de la non-imputation était également accréditée au profit des enfants qui s'étaient prévalus de l'édit des secondes noccs, pour faire réduire les libéralités excessives faites par leur père ou mère, à un nouveau conjoint; par ce motif, nous dit Pothier, que « cet enfant les tient, non de la libéralité du défunt, mais du bénéfice de la loi. » Nous avouons, pour notre part, que cette solution paraît inconciliable avec l'opinion unanime des anciens auteurs, d'après laquelle les enfants devaient imputer sur leur légitime les propres qu'ils avaient fait rentrer dans la masse héréditaire, pour compléter leurs réserves; en effet, les légitimaires ne tenaient également ces biens que de la loi.

Ce qui n'était pas moins injuste, c'est que dans les pays de droit écrit on avait fini par reconnaître aux légitimaires quels qu'ils fussent, qui avaient été institués, le droit de cumuler avec leur légitime la rétention de la quarte Falcidie ou de la tribellianique; or, ce privilège qui, d'après Furgole, souleva beaucoup de difficultés, fut définitivement consacré par l'ordonnance de 1731. (56-58).

SECTION V

Action en retranchement.

A la différence de la *querela inofficiosi testamenti*, la sanction donnée à la légitime de notre ancien droit ne dépassait point le but. Elle n'aboutissait, en effet, qu'à la réduction des libéralités excessives. Il est vrai (Lebrun, *op. cit.*) que l'on se décidait pour l'annulation totale, dans le cas où le *de cujus* avait préféré à ses frères et sœurs germains des personnes *non integræ existimationis*; de sorte que l'on peut poser en principe que, dans notre ancien droit, la nullité intégrale des dispositions exagérées, avait lieu dans tous les cas où il était reconnu que le défunt avait agi *consilio fraudis*. Mais si, à l'inverse, ce qui arrivait le plus souvent, le père ne pouvait être accusé d'une intention malveillante; si, par exemple, l'enfant ne se trouvait dépouillé que par suite de la diminution fortuite du patrimoine de son auteur, il n'avait à son service qu'une simple action en réduction.

Au reste, cette voie de recours qui atteignait successivement les legs universels ou à titre universel, les legs particuliers, les donations de biens présents et à venir et les donations simples, était réelle, de sa nature, et permettait à l'enfant d'obtenir sa portion en corps héréditaires. Par exception, lorsqu'il ne se trouvait que des fiefs dans la succession, si la coutume du lieu en prohibait le morcellement, même entre cohéritiers, l'enfant pouvait être tenu de se contenter de l'estimation de sa légitime (Basnage, cout. de Normandie).

Avons-nous besoin d'ajouter que l'action en retranchements ne pouvait être intentée qu'après le décès du *de cujus*? Un enfant ne saurait, en effet, réclamer sa légitime du vivant de son père sans révolter la nature et le bon sens qui

ne permettent l'ouverture d'une succession qu'après la mort du propriétaire. Aussi, lisons-nous dans le *Recueil rerum judicatorum*, d'Anne Robert, qu'un enfant ayant intenté contre son père l'action en paiement de la légitime, sous prétexte que ses sœurs avaient été trop richement dotées, le Parlement de Paris, arrêt du 23 décembre 1583, rejeta sa demande et le condamna, en outre, à faire amende honorable à son père.

On n'admettait même pas, avec Balde, Fachinée, etc... et la jurisprudence normande, une exception à ce principe pour le cas où le père aurait été convaincu de prodigalité et de dissipation. Ici encore, en effet, il n'était point nécessaire, pour protéger l'enfant, de violer la maxime : *nulla est viventis hereditas* : il suffisait amplement à ce dernier de pouvoir provoquer l'interdiction de son auteur.

CHAPITRE III

Légitime féodale.

Certaines de nos Coutumes admettaient le privilège de Maineté . le plus jeune des enfants (*juvenior, juveigneur, junior*) avait le choix d'un manoir ou maison d'habitation à titre de préciput. Ce droit usité, suivant certains auteurs, chez nos ancêtres les Gaulois, se conserva dans notre ancienne jurisprudence, en Bretagne, en Flandre et en Alsace sous les noms de Droit de Maisneté, de Quevaise ou d'Accès, et se retrouve encore dans certaines parties de l'Angleterre (V. Giraud, *Revue de législat.*, t. XVII).

Mais à l'inverse, et par une singularité assez curieuse, le droit commun consacrait le privilège d'aînesse, qu'avaient reconnu, dans l'antiquité la plus reculée, les Hébreux, les Hindous et certaines peuplades de la Germanie. Aux termes

des articles 13, 15, 16, 18 de la Coutume de Paris, il consistait : 1° en un préciput ayant pour objet le manoir principal et un arpent du jardin attenant, ou à défaut de manoir, un arpent de terre au choix de l'ayant droit; 2° en une portion avantageuse dans le partage des biens féodaux qui restaient après le prélèvement du préciput, portion fixée aux deux tiers, s'il n'y avait qu'un enfant, et à la moitié s'il y en avait un plus grand nombre; 3° en la faveur de ne contribuer aux dettes que pour part virile. Or, Bourjon atteste que les avantages ainsi accordés à l'ainé étaient de droit public, et que le père ne pouvait conséquemment y porter atteinte au profit de ses puînés. Il suivait que les donations faites à ces derniers, au détriment du droit d'ainesse, étaient nulles et non avenues. Dumoulin, il est vrai, avait soutenu sur l'ancienne Coutume de Paris que ces libéralités devaient être seulement réduites dans la limite de la légitime ordinaire, à moins qu'il ne parût que la donation avait été faite manifestement en fraude du privilège d'ainesse, mais Pothier déclare que « cette opinion n'a pas été suivie. »

Il est clair que, sous l'empire de semblables principes, la légitime féodale comprenait, vis-à-vis des puînés, le privilège tout entier. Mais il en était autrement vis-à-vis des étrangers. « L'établissement du droit d'ainesse, nous dit » encore Bourjon, n'emporte pas dans la personne d'un » père possesseur d'un fief l'incapacité générale de » disposer..... ce droit se réduit à empêcher un père de » disposer de son fief en faveur de ses puînés et ne va pas » au delà. » Notre ancienne jurisprudence était cependant fort divisée sur la question de savoir quelle devait être, en pareil cas, la limite du droit de disposition que l'on reconnaissait ainsi au père.

Les uns, par une fausse application de la novelle 18, tenaient qu'un aîné ne devait point avoir une plus forte légitime que ses frères et sœurs. D'autres enseignaient à

l'inverse, que l'ainé devait avoir son droit d'ainesse en entier et la moitié de sa part *ab intestat* dans les biens non féodaux. Mais, répliquait judicieusement Lebrun, pourquoi l'ainé n'ayant pour sa légitime que la moitié de ce qu'il aurait eu *ab intestat* dans les autres biens aurait-il tout son droit d'ainesse dans les fiefs ? La coutume qui prescrit la quotité de la légitime la règle aussi bien pour son droit d'ainesse que pour le surplus, n'ayant jamais été nulle part que la légitime fût la portion entière. En conséquence, le grand jurisconsulte appliquait tout simplement l'art. 298 de la coutume de Paris.

Telle étant la légitime féodale, il nous reste à examiner trois hypothèses dans lesquelles il y avait possibilité de conflit entre la légitime de l'ainé et celle des puînés.

Et d'abord que devait-on décider si l'on ne trouvait dans la succession qu'un manoir avec basse-cour ou d'autres biens insuffisants pour remplir tous les enfants de leurs droits ? Qui devait l'emporter du droit d'ainesse ou de la légitime des puînés ? Un grand nombre de coutumes du Nord corrigeaient, à ce sujet, les abus de l'institution féodale en assurant aux puînés un cinquième des biens paternels, sous le nom de *quint de vivre naturel* ou *quint naturel* en usufruit (*quint viager*) ou en propriété (*quint hérédital*). V. Richebourg, t. I, p. 54. Mais, dans le ressort des coutumes muettes, on n'accordait jamais dans le très ancien droit, à la légitime des puînés, la préférence sur le droit d'ainesse. On convenait seulement que l'ainé devait pourvoir à la *sostenance* de ses frères et sœurs. Ce n'est que depuis la rédaction des coutumes que la règle contraire fut généralement admise ; de sorte que, malgré le silence de l'ancienne coutume de Paris, Dumoulin put poser en principe que la légitime des puînés devait être invariablement préférée au droit d'ainesse : « *Nunquam jus primogenituræ excludit filiorum legitimam ; imo legitima præfertur juri primogenituræ.* » « Quand le fief consisterait en un

» hôtel, écrivait également Loysel, l'ainé le prendrait en » entier à lui seul, la légitime des autres sauve. » Les coutumes d'Orléans, art. 96, et de Melun, art. 92, allaient même jusqu'à dépouiller le manoir de sa qualité de préciput et ordonnaient, après cela, l'application des règles du partage noble.

Quant à la coutume de Paris, elle portait (art. 17) que, « Si es dites successions de père et de mère, ayeul ou ayeule, » y a un seul fief..... au dit fils aîné seul appartient.... sauf » toutefois aux autres enfants leur droit de légitime à prendre » sur le dit fief. » Comme on le voit la coutume de Paris ne dépouillait donc point, à l'exemple de la coutume d'Orléans, le manoir de sa qualité de préciput; mais comme cette disposition laissait dans le doute la question de savoir quel devait être, en semblable hypothèse, le *quantum* de la légitime des puînés, il en était résulté une très ardente controverse. D'un côté, Ferrière sur la coutume de Paris pensait que l'ainé pourrait prétendre à une portion avantageuse dans le manoir comme dans un bien noble ordinaire, mais réservait l'excédant aux puînés. Plus bienveillants encore, Dumoulin et Bourjon estimaient que le manoir devait être partagé également comme un bien roturier. Enfin le judicieux Ricard, dont l'opinion prévalut, professait un système éclectique qu'il résumait ainsi : « Si le manoir était peu considérable et à peine suffisant » pour la nourriture des enfants, je le voudrais, nous dit-il, » partager également, parce que, en ce cas, la division est » de simples aliments qui ne recoivent pas de prérogatives. » Que si le manoir était de plus grande conséquence, voici » la règle que je tiendrais : ne conservant pas sa qualité de » préciput, je lui laisserai celle de fief, parce que l'équité, » travaillant en cette rencontre contre le droit commun, » elle ne doit opérer que dans la nécessité et par degré. En » conséquence de quoi même, je considérerais encore l'ainé » comme un donataire, aussi l'est-il de la coutume qui lui

» donne ce manoir en entier par voie de préciput et de
» prérogative ; et sur ce fondement je réduirai la part des
» puînés par forme de légitime qui serait suivant ce compte
» dans la coutume de Paris, le quart au total du manoir
» s'ils étaient plusieurs. »

Nous ajoutons qu'il en eût été de même dans l'hypothèse où le défunt aurait laissé, outre le manoir, d'autres biens, d'une valeur tellement minime qu'il fût encore exact, à vrai dire, d'affirmer que la succession ne comprenait que le préciput d'ainesse. C'est en ce sens, en effet, que nous devons entendre la disposition finale de l'art. 17 de la coutume de Paris : « *où il y aurait autres biens qui ne fussent*
» *suffisants pour fournir lesdits droits aux enfants*, le
» supplément de ladite légitime ou dudit douaire, se
» prendra sur ledit fief. »

Dans le cas où le défunt avait entamé la légitime des puînés par des dispositions à titre gratuit, sur qui devait retomber en premier lieu le retranchement, sur les donataires étrangers ou sur l'ainé ? Ricard distinguait si la donation avait été faite à des étrangers, ou à des puînés. Si elle avait été faite à des étrangers, le droit d'ainesse subissait le retranchement comme étant composé des biens de la succession *ab intestat*, et, par suite, réductible avant les libéralités entre-vifs. Dans la seconde hypothèse, il en était de même dans les quelques coutumes qui admettaient la translation du droit d'ainesse ; mais, en général, les donataires étaient les premiers sujets à réduction.

Enfin, si les dettes dont l'ainé ne supportait qu'une part virile épuisaient la portion légitime des puînés, Pothier, dans le silence des coutumes, argumentait de l'équité naturelle et admettait que ces derniers avaient droit, nonobstant tout privilège d'ainesse, à une légitime égale à la moitié de la portion qu'ils auraient eue en supposant l'inexistence du privilège qui annihilait leurs droits : « la loi

+

» qui accorde ce droit à l'aîné étant une loi purement
» arbitraire. »

Que si la légitime des puînés avait été atteinte par un legs universel fait à l'aîné, Espiard de Saux soutenait avec Bourjon que, pour le calcul de la légitime des puînés, il fallait considérer les biens de la succession comme étant tous roturiers, sous le prétexte que la doctrine contraire permettait au premier né de cumuler la quotité disponible avec le droit d'aînesse, au grand détriment des cadets. Mais ce système était, selon nous, illogique, car la vérité était que les Coutumes, en n'accordant aux puînés que la moitié de leur part *ab intestat* supposaient en faveur de l'aîné la possibilité de ce cumul.

CHAPITRE IV

Légitime de grâce.

A s'en tenir à la stricte rigueur des principes ordinaires, certains cas se seraient présentés dans notre ancienne jurisprudence où la légitime eût été inapplicable. C'est ainsi que, dans la plupart des coutumes, les ascendants n'avaient droit exclusivement qu'aux réserves coutumières et pouvaient, en conséquence, se trouver dépouillés par les donations entre-vifs. C'est ainsi encore que les enfants d'une personne exhérédée, en vertu de l'ordonnance de 1556, pour avoir contracté mariage sans l'assentiment de ses père et mère, n'avaient, suivant certains auteurs, aucun droit à la succession de leurs aïeuls et aïeules, sous prétexte, nous dit Pothier, « qu'en ce cas, l'exhérédation de
» cet enfant s'étend aux enfants nés de ce mariage parce
» qu'ils sont nés du mariage qui a donné la cause à l'exhéré-
» dation. » De là, *ex mente consuetudinis*, l'usage, de la part de nos parlements, de reconnaître une légitime alimentaire

ou de faveur à ces personnes en cas d'indigence. (Bourjon, *Successions*, n° 13, III, II, et II, x, 90-92). Mais l'application spéciale de la légitime de grâce avait lieu en matière de substitution. On sait que l'usage des substitutions, modelé sur les fidéicommiss du Droit romain, se combina sous la féodalité avec le droit d'aînesse. Il ne suffisait pas, en effet, à une époque où l'on tenait à cœur de soutenir le rang des familles et la splendeur du nom, de laisser la presque totalité des biens au premier né. Il fallait aussi l'empêcher de dissiper le patrimoine qui lui avait été transmis. Or, voici l'iniquité que vint conjurer la légitime de grâce. Il arrivait souvent, dans les substitutions graduelles, que l'appelé (c'était ordinairement l'aîné) avait droit à tous les biens de la famille, en sorte que le grevé se trouvant dans l'impossibilité de rien laisser à ses autres enfants, il suivait de l'exécution rigoureuse de la substitution que l'on voyait souvent un aîné vivre dans l'opulence alors que les puînés traînaient une vie misérable. Cette injustice, dont ne parurent pas se préoccuper les jurisconsultes coutumiers, par cela même que la substitution n'étaient pas si fréquemment usitée dans le Nord que dans le Midi, attira l'attention des parlements de droit écrit. Appliquant par analogie la loi 22 au Dig., *ad S. C. Trebell.* et la novelle 39, C. 1, d'après lesquelles on pouvait prendre sur les biens substitués la dot et la donation à cause des noces, à défaut de biens libres, les parlements de Toulouse et de Bordeaux (V. Cambolas et Lapeyrère) décidaient que le frère aîné qui recueillait tout le patrimoine de la famille à titre d'appelé devait du moins des aliments à ses frères et sœurs. A l'origine, la quotité de cette dette était laissée à la libre appréciation des juges. Mais comme il est souvent difficile de régler des aliments et de bien fixer à une pension annuelle, on ne tarda pas, afin d'éviter les contestations entre frères, d'adopter une fixation précise et invariable. « L'usage présent du » parlement de Toulouse écrivait, Bargeton dans une

» consultation du 21 octobre 1827, est de régler cette
» légitime à la moitié de la légitime de droit, et il paraît
» que c'est le milieu le plus équitable que l'on puisse
» prendre..... Et quoique cette question se présente très
» rarement au parlement de Paris, cependant comme les
» coutumes n'ont rien de contraire à cette décision, qui
» est très équitable, il paraît juste de la suivre. »

CHAPITRE V

Douaire.

§ 1

Douaire proprement dit.

Une nouvelle garantie des intérêts de l'enfant consistait dans le douaire. On appelait ainsi une partie des biens attribués en usufruit à la femme et en nue-propiété aux enfants, soit par la coutume, soit par le contrat de mariage.

On a beaucoup discuté sur l'origine de cette institution. de Laurière (*sur Paris*, 247) et, après lui, Pothier, la rattachaient à l'ancien usage germanique attesté par Tacite en ces termes : « *Dotem non uxor marito sed maritus uxori affert.* » Nombre de juriconsultes, au contraire, confondaient volontiers le douaire avec le morgengabe (V., p. ex., Rénusson, *Du Douaire*, c. 1, n° 6.) Et c'est en ce sens que, de nos jours, Gans a cru devoir présenter le douaire comme une extension donnée au don du matin. « Ce qui n'était d'abord » qu'un prix matériel, dit-il, devint un témoignage d'affection conjugale et le *pretium nuptiale* se transforma en » douaire. » (*Hist. du Dr. de succ. en France.*)

On est pas moins divisé sur l'origine du douaire légal. Troplong (Préfac., *contrat de mariage*, p. 109) en attribue

la fixation à Philippe-Auguste. Et en effet, nous lisons dans Beaumanoir, cout. de Beauvoisis, que : « *la general* » *coustume des douaires de ce que le feme emporte la moitié* » *de ce que li homs a au jor qu'il l'espouse, si commenç* » *par l'establisement li bon roy Philippe liquels regnait en l'an* » *mil deus cens et quatorze.....* » M. Laboulaye (*Condition des femmes*) estime, à l'inverse, que ce roi ne fit que consacrer et généraliser un état de choses préexistant. Nous trouvons en effet dans la loi Ripuaire (5, tit. 39, *De Dot. mulier.*) le premier exemple d'un douaire coutumier puisqu'elle assurait à la femme survivante qui n'avait pas été dotée cinquante solides d'or à prendre sur les biens du mari à titre de dot et en outre le tiers des biens fruit du travail commun des deux conjoints

Quoi qu'il en soit, établi d'abord au profit de la femme pour lui permettre, suivant l'expression de nos anciens auteurs, un veuvage honorable, le douaire ne tarda pas, dans certaines Coutumes, à être généralisé au profit des enfants dont le père avait contracté l'obligation naturelle d'assurer la subsistance et l'établissement, car nous le voyons consacré dès le treizième siècle.

A raison de son caractère protecteur qui le rapprochait de la légitime, le douaire n'était pas considéré comme une donation du père (V. pourtant Delaurière, *sur Paris*) et se trouvait dispensé de l'insinuation, dans les Coutumes où il était déclaré propre aux enfants. Mais bien que Pothier, après Loysel, *oper. cit.*, règle 158, nous le présente comme « une légitime coutumière, » de très sérieuses différences caractérisaient ces deux institutions.

En effet : 1° les enfants pouvaient être privés de leur douaire par une disposition expresse du contrat de mariage; 2° le douaire coutumier ne s'appliquait qu'à certains immeubles, encore fallait-il qu'ils appartenissent au mari; 3° les enfants n'avaient droit au douaire que s'ils avaient renoncé à la succession : « *quia*, observait Dumou-

» lin, *debet douarium conferre*. » C'est que, en effet, à l'exception du droit d'aînesse, tous avantages reçus par les enfants, venant à l'hérédité, devaient être rapportés. C'est que, en outre, suivant l'expression de Bourjon, « la » qualité d'héritier, qui ferait réfléchir contre eux les » engagements de leur père, leur rendrait cette *table de » naufrage inutile* » (*Douaire*, ix, sect. 17), 4^e le douaire suivait, dans les mains des tiers, les immeubles aliénés par le père, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux; car, depuis la célébration du mariage, les immeubles soumis à ce droit étaient inaliénables de quelque façon que ce fût; 5^e le douairier n'avait à supporter, quant au passif, que les charges spéciales des biens affectés au douaire; 6^e enfin, le douaire se partageait également et sans prérogative d'aînesse (Paris, 250).

Nous avons dit que le douaire des enfants s'entendait de la nue-propriété des biens dont la mère avait l'usufruit. Sous Philippe-Auguste, il portait sur la moitié des héritages que possédait le père le jour des *espousailles*. On comprend que cette fixation pouvait, lorsqu'il s'agissait de biens nobles, être préjudiciable aux droits de l'aîné dans le cas où le *de cujus* n'avait laissé qu'un ou deux enfants. C'est pour conjurer ce résultat que les Établissements de saint Louis limitèrent le douaire légal de la femme à l'usufruit du tiers des biens du mari (l. 1. c. 13 et 20.) Nous devons ajouter cependant que cette restriction ne forma pas le droit commun, les Établissements de saint Louis n'ayant jamais eu le caractère d'ordonnance générale. Nous savons seulement que telle fut la quotité communément admise par les provinces soumises à la domination anglaise pendant le treizième et le quatorzième siècles. (V. Mornac, *ad l.*, II. D., *De jure Dot.*)

A un autre point de vue, l'ordonnance de Philippe-Auguste fut modifiée par la pratique. Étendant cette disposition qui n'affectait au douaire que les immeubles appar-

tenant au mari lors du mariage, elle accorda, en outre, l'usufruit de la moitié des immeubles échus à ce dernier, pendant le mariage, par succession et donations entre-vifs ou testamentaires en ligne directe ascendante, ce qui accrut en même temps le douaire des enfants. Comp. Loysel (*inst. cont.*, l. 3. 52.).

A toute époque, du reste, ces derniers n'eurent droit à se prévaloir de la qualité de douairiers qu'après la mort naturelle de leur père. De là le brocard : « *Jamais mary ne* » *paya douaire* (règle 141, de Loysel). » De là, aussi, l'imprescriptibilité du droit des enfants pendant la vie du père. Il est bien entendu également que c'était seulement aux enfants issus du mariage qui donnait lieu au douaire de la mère que le douaire des enfants appartenait. Par suite, si la mère contractait un second mariage, les enfants qui en provenaient ne pouvaient concourir avec les douairiers du premier lit. Que si, d'un autre côté, c'était le mari qui avait convolé en secondes noces, le douaire des enfants qui en naissaient n'était jamais que de la moitié des biens laissés libres par le premier mariage, en vertu de la règle : *Douaire sur douaire n'a lieu* (règle 168, de Loysel), sans accroissement possible, d'ailleurs, à la suite de la mort prématurée des enfants du premier lit.

Lors du partage des biens soumis au douaire, il était intéressant de savoir quels enfants faisaient nombre. La question faisait doute au sujet des enfants acceptants, car celui-là seul avait droit au douaire qui avait renoncé à la succession. Néanmoins, d'après l'opinion commune (Renusson, Loysel), l'acceptant devait être compté. Telle était aussi la doctrine admise à l'égard de l'enfant qui avait renoncé tout à la fois à la succession et au douaire pour conserver un don à lui fait. On ne pouvait, en effet, regarder comme vacante et, par suite, comme sujette à l'accroissement, la part de douaire destinée à ces enfants, attendu que, pour l'un, la part héréditaire, et pour l'autre,

les donations constituaient, en fait, une indemnité du douaire qui, en droit, leur échappait. Mais c'était une question fameuse de savoir si l'on devait compter l'enfant qui avait renoncé tout à la fois à la succession et au douaire. « Non, disaient Ferrière (*sur Paris*, 251) et » Duplessis (*Douaire*, c. XI, sect. 4); car on peut considérer » le douaire comme un fidéicommiss *nullis adscriptis partibus* dont la loi charge le père au profit des enfants qui » naissent du mariage. »

« Oui, disait Lemaître (Paris, p. 316), car le douaire est » une simple créance, titre, par suite, individuel ! » (*Sic*, Bourjon, *Douaire*, c. IX, iv. n° 2.)

Enfin, Pothier enseignait l'opinion de Ferrière, mais par des motifs plus péremptoires que ceux donnés par cet ancien auteur. « Le douaire n'est pas une créance, écrit-il, car il saisit (256, *Cout. Paris*); la vérité est donc » que, en conséquence de sa renonciation à la part qu'il » aurait pu réclamer, le douairier doit être réputé n'y avoir » jamais eu de part, de sorte que le total doit demeurer » aux autres enfants *jure non decrescendi*. »

Parmi ceux qui prenaient part, s'il se trouvait des donataires, ils devaient imputer sur leur douaire les libéralités qui leur avaient été faites par leur père, suivant les règles déjà exposées en matière de légitime. Cette imputation, expressément exigée par l'article 252 de la Coutume de Paris, était formulée dans cette maxime de Loysel, règles 164, 166 : « Enfant ne peut avoir dons et douaire. »

D'ailleurs nous venons de le voir, aux termes de l'article 256 de la Coutume de Paris, « *Douaire soit coutumier ou* » *préfix, saisit, sans qu'il soit besoin de le demander en jugement,* » *et courent les fruits et arrérages du jour du décès du mary.* » Dans les Coutumes qui n'admettaient pas cette saisine, les enfants avaient, en principe, pour l'obtention de leur douaire, une action *communi dividundo* contre les héritiers de leur père ou le curateur à sa succession vacante.

Tiers coutumier de Normandie

Les Coutumes étaient fort divisées en matière de douaire. Les unes, comme celles de Clermont (160), ne reconnaissaient un douaire aux enfants que dans les biens roturiers. D'autres (Étampes, Châteauneuf...), réservaient le douaire aux enfants dont le père était noble *de noblesse transmissible dès le jour des espousailles*. Celles-ci distinguant entre le douaire coutumier et le douaire conventionnel, n'admettaient que ce dernier. Nous ne pouvons entrer dans le développement de ces diverses théories. Néanmoins, il nous paraît indispensable de signaler les singularités du douaire de Normandie, connu sous le nom de tiers coutumier.

Au premier aspect, on pourrait croire que l'un des signes caractéristiques de cette institution consistait dans sa quotité, un tiers. Mais cette idée serait erronée, car les Cont. du Poitou, 246, de l'Anjou, 299, de la Touraine, 326, du Maine, 313, de Bretagne, 456 et 476, ainsi que la plupart des provinces soumises jadis à la domination anglaise, avaient adopté le même taux.

Mais voici les particularités que nous tenons à mentionner :

1° Le tiers coutumier portait, non-seulement sur les biens du père, mais encore sur les biens de la mère (art. 404).

2° Aux termes de l'art. 400, les enfants de divers lits avaient droit au même douaire, et, de plus, ils étaient libres de le prendre « au regard des biens que leur père possédait » lors des premières, secondes, ou autres *noces*, ce qui constituait une faveur très importante pour les enfants dont le père avait grevé postérieurement le patrimoine qu'il possédait le jour des *espousailles* et ce qui permettait

aussi aux douairiers d'être plus avantagés dans certains cas que leur mère, puisque, selon l'art. 87, « la seconde » femme ne peut avoir douaire que sur les biens dont elle » a trouvé son mari saisi lors de leur mariage ou qui lui » sont depuis *escheus* en ligne directe. » Or, pour rendre possible ce droit d'option, Basnage atteste que la coexistence à une certaine époque des enfants des deux lits suffisait et qu'il n'était point nécessaire que les enfants du premier lit eussent survécu à leur auteur.

3° Une nouvelle singularité du tiers coutumier consistait en ce que, contrairement à l'art. 250 de la coutume de Paris, les privilèges de masculinité et d'ainesse recevaient application lors du partage (402).

4° Dans le cas où les actes à titre onéreux avaient porté atteinte au tiers coutumier, l'action réelle des douairiers pouvait être écartée par le détenteur par le paiement de l'estimation des héritages calculés sur le pied du denier vingt, pour les biens roturiers, et du denier vingt-cinq pour les fiefs.

5° Comme le douaire, le tiers coutumier supposait la nécessité, pour les enfants qui voulaient s'en prévaloir, de renoncer à la succession. Mais ce qui était rigoureux sinon inique, antérieurement à l'arrêt de règlement du 6 avril 1866, art. 89, c'est que le fait de la part d'un seul enfant d'avoir accepté la succession rendait impossible pour ses frères toute réclamation du tiers coutumier (401).

6° Enfin par une nouvelle dérogation au droit commun, dérogation médiatement favorable aux enfants, l'art. 381. portait que, « si le mari renonce à la succession qui lui est » échue en ligne directe, néanmoins la femme peut prendre » douaire sur icelle, aux charges de droit. »

CHAPITRE VI

Augment de Dot.

Tandis que le douaire était admis dans nos coutumes, les provinces méridionales qui cultivaient le Droit romain reconnaissaient généralement l'augment de dot que certains (Cujas, *Consultat.* 24) rattachent à la *donatio propter nuptias* et d'autres (Merlin, *répertoire*) à l'*hypobolon* des Grecs, Comme le douaire, il conférait à la femme survivante l'usufruit de certains biens du mari dont la nue-propriété était réservée aux enfants. Comme le douaire, il était conventionnel ou légal, ce qui fit dire à Dumoulin (*sur Paris*, § 135) : « *Galli in patria juris scripti vocant augmentum dotis et in patria consuetudinaria doarium; et mulier perdit utrumque per adulterim.* »

De plus, il n'était jamais réputé libéralité, de sorte que, comme le douaire, il n'était pas soumis à l'insinuation et était seulement réductible par application de l'édit des secondes noces.

Cependant nous devons signaler, entre le douaire et l'*augmentum dotis*, de notables différences.

1. La femme qui avait des enfants ne pouvait, avant de se mettre en possession des biens soumis à l'augmentation de dot, se dispenser de donner caution.

2. La veuve qui mourait sans s'être remariée avait pu disposer d'une part d'enfant en pleine propriété.

3. Si les enfants qui avaient survécu au mari mouraient tous avant la veuve, il y avait consolidation au profit de cette dernière.

4. Les enfants n'avaient droit à l'augmentation de dot qu'en qualité d'héritiers de leur mère. Peu importait, du reste, qu'ils eussent accepté ou renoncé à la succession du père. Comme conséquence de ce principe, les enfants

n'avaient droit à l'augmentation de dot que si leur mère l'avait recueillie elle-même dans la succession du père, auquel elle avait survécu. (Argou, *Instit. au Dr. fr.*, III.)

Droit intermédiaire.

Le vice principal de l'ancienne législation était le défaut d'unité : il semble, dès lors, que l'une des premières réformes de la Constituante fut de mettre un terme à la diversité des lois. Et c'est en effet, dans ce but, que, dès 1790, Vieillard proposait la rédaction d'un code français. Mais le temps n'était pas encore venu de réaliser cette idée profondément sage.

Ce qui préoccupa surtout la Constituante, ce fut d'anéantir les derniers vestiges de la féodalité, sur les débris de laquelle la royauté avait eu le tort de s'appuyer, au lieu d'appeler à son aide le tiers-état qui, suivant l'expression de Siéyès, devait être « tout ». De là, l'abolition de tous les droits féodaux, qui fut obtenue dans la nuit du 4 août. De là la suppression de la fameuse distinction des fiefs et des censives, des biens nobles et des biens roturiers ; de là aussi l'abolition du retrait lignager : seule, la distinction des propres et des acquêts survécut, et, par suite, la réserve des Quatre-Quints. Enfin on abolit les droits de primogéniture et de masculinité que M. Ragon appelle, avec raison, « la grande iniquité de l'époque féodale » ; quant aux substitutions, on ne crut pas devoir les supprimer encore, dans l'intérêt des droits acquis.

La suppression des droits d'aînesse et de masculinité avait pour conséquence forcée l'égalité dans les successions *ab intestat*. Mais, d'après Mirabeau, cela ne suffisait pas. Plus rigoureux encore que Beaumanoir et les auteurs du Grand Coutumier de France, le célèbre orateur, vou-

lait, à l'exemple des coutumes d'égalité parfaite, ôter au père de famille tout droit de disposition à l'égard de ses successibles, et concluait, en outre, vis-à-vis des étrangers, à la réduction du disponible au dixième des biens. Le vœu de Mirabeau fut la source d'un vif débat : Dans le sein de la Constituante, Pétion, Lanjuinais et surtout Robespierre, appuyèrent fortement l'opinion de l'illustre tribun ; d'un autre côté, certains orateurs, tels que Saint-Martin et Cazalès, réclamèrent la consécration des coutumes de préciput. Tronchet lui-même, alors président de l'assemblée, distingua, dans un exposé digne d'un éminent jurisconsulte, le droit naturel de la loi positive, et, à travers certaines erreurs théoriques sur l'origine des sociétés, il fit observer que le droit de tester se justifiait, sans aucun doute, dans les limites imposées par l'intérêt social, et devait être reconnu par suite, afin de permettre au père de rétablir l'égalité véritable entre enfants, en corrigeant pour les uns l'inégalité naturelle ou en réparant pour les autres les coups immérités de la fortune. Nous devons ajouter, cependant, que la question ne fut point tranchée. Mais elle fut reprise bientôt par la Convention qui fit prévaloir les idées de Mirabeau et prohiba, dans les décrets des 7 mars 1793 et 5 brumaire an II, art. 9, tous avantages non-seulement entre enfants, mais encore entre successibles quels qu'ils fussent. Aux termes de ces décrets, il fallait, en outre, distinguer, pour connaître la quotité disponible à l'égard des étrangers, si le propriétaire était mort sans laisser de successibles en ligne directe, ou si, au contraire, il avait laissé des enfants ou ascendants. Dans le dernier cas, la réserve était des neuf dixièmes ; dans le premier cas, il était des cinq sixièmes.

Ce taux fut maintenu par la loi du 17 nivôse an II. Cette loi, devenue célèbre par cela même qu'elle remplaça le système féodal des successions par un système opposé, substituait à la concentration des biens dans les familles,

le morcellement et l'égalité absolue. Dès lors, il ne fut plus permis de rechercher la nature et l'origine de biens, art. 62 : la distinction ancienne des propres et des acquêts disparut, et avec elle les réserves coutumières. Dès lors, aussi à la règle *paterna paternis, materna maternis*, succéda cette autre maxime : *dimidium paternis dimidium maternis*, art. 75 et suiv.... — Enfin, elle abolissait toutes les lois antérieures sur les successions et les donations, faisant disparaître ainsi de la législation française le douaire de la veuve et des enfants, ainsi que l'augment de dot.

Plusieurs de ces innovations étaient louables, mais d'autres ne l'étaient pas. Et d'abord, à l'égard des enfants, il découlait, de la loi de nivôse, cette injustice révoltante que le père de famille ne pouvait récompenser leur mérite ou soulager leur infortune, alors qu'il pouvait gratifier ou secourir un étranger. Or, sous l'empire de la loi nouvelle, la prohibition de tout avantage précipitaire était plus rigoureuse et plus inique que dans l'ancienne jurisprudence, car il est certain que, dans plusieurs des Coutumes d'égalité absolue, la défense des avantages entre enfants ne s'appliquait qu'aux roturiers, et que, d'autre part, dans celles où elle avait été généralisée, le privilège de primogéniture consacré par les successions nobles palliait les inconvénients de la loi. Ce fut donc sous l'unique mais funeste influence du désir exagéré d'arriver au nivellement absolu des fortunes que la Convention consacra les idées de Mirabeau. C'est dans ce but également qu'elle attribua une réserve aux collatéraux les plus éloignés. Car, à bien dire, si nous nous plaçons exclusivement au seul point de vue de l'équité, nous ne saurions justifier suffisamment une violation aussi flagrante du droit de propriété. Reconnaître une réserve des cinq sixièmes à la ligne collatérale, quel que fût le degré des appelés ! Mais une telle disposition était absolument contraire, non-seulement à l'intérêt du *de cuius*, mais encore à l'intérêt public !

Tels ne sont point pourtant les seuls reproches que l'on puisse adresser aux Conventionnels. C'est ainsi que l'article 64 de la loi de nivôse confirma les droits rétroactifs des enfants nés hors mariage, assimilés aux enfants légitimes par une loi du 12 brumaire an II. Or, il est clair qu'il y avait là une très grave faute législative. Assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes, c'est fausser tous les ressorts sacrés de la famille.

Enfin, une dernière critique à présenter relativement aux dispositions législatives de la Convention, concernant notre matière, a trait à la rétroactivité dont elles étaient entachées et qui s'appliquait aux partages opérés depuis le 14 juillet 1789 : ce qui étonne, assurément, si l'on considère que, aux termes d'une déclaration de cette Assemblée elle-même, « l'effet rétroactif donné à une loi serait un crime. »

Il faut avouer cependant que, déjà sous la Convention, et après la fin du despotisme révolutionnaire, un salutaire retour aux données de la justice se produisit. C'est ainsi qu'à la date du 5 floréal an III, on vit apparaître un décret qui suspendait toute action commencée en exécution de la rétroactivité des lois de brumaire et de nivôse an II. Bientôt, le 9 fructidor an III, un nouveau décret abolit toutes les dispositions rétroactives de la loi de nivôse, laquelle ne dût dès lors s'appliquer qu'à partir de sa promulgation.

Bien que le Directoire fût imbu de l'esprit de la Convention, assemblée qui avait eu le malheur de se plier au joug des clubs, de la presse et des masses populaires, il n'en est pas moins vrai que, sous son règne, les idées de modération tendirent à se faire jour. Aussi, le vit-on continuer la série des mesures réparatrices, commencée dans les derniers jours de la Convention, en réduisant les enfants nés hors mariage, à une pension alimentaire du tiers, en revenu sur les successions dont ils avaient été investis, aux termes des lois de brumaire et de nivôse an II, et en déclarant, à la date du 18 pluviôse an V, que les avau-

gages irrévocables stipulés ou acquis avant le décret du 7 mars 1793, recouvreraient leurs effets.

Mais c'est au Consulat qu'il était réservé de mener à bonne fin ces tentatives d'amélioration, en reprenant dans le passé ce dont le présent avait besoin. Et en effet, loin de se laisser entraîner par le flot révolutionnaire, le nouveau pouvoir le refoula vers sa source et, dès lors, l'esprit d'ordre et d'équité inspirant nos législateurs, on vit apparaître la loi du 4 germinal an VIII, qui modifia la loi de nivôse dans le sens des critiques que nous avons signalées. Cette loi, « la meilleure, suivant Vernet (*op. cit.*), qui ait » été faite sur cette matière », éleva d'abord le disponible de la manière suivante : Le *de cujus* avait-il laissé trois enfants ou moins ? Il avait pu disposer du quart de son bien. En laissait-il quatre ? Il avait pu disposer du cinquième. En laissait-il cinq ? Il avait pu disposer du sixième, et cette proportion restait toujours la même, de telle sorte que le père pouvait, comme jadis sous l'empire du droit Hindou et de la loi Burgonde, disposer à sa guise d'une part d'enfant. Que si, cependant, le testateur venait à laisser dix enfants ou plus, nous devons avouer que la loi nouvelle était moins favorable que celle de nivôse, puisque alors le disponible, au lieu d'être invariablement du dixième, n'était plus que du onzième.... Mais, dans la pratique, le fait se présentait assez rarement. La seconde modification que la loi nouvelle fit subir à celle du 17 nivôse, consistait à permettre aux testateurs de gratifier l'un des successibles au préjudice des autres, consacrant ainsi les principes des Coutumes du préciput. C'est qu'en effet, l'équité exigeait de restituer au père (Benjamin Constant, séance du 29 ventôse an VIII), « la liberté légitime de ré- » compenser la piété et de punir la désobéissance filiale. » Et voilà bien pourquoi, lorsque en 1850 le représentant du peuple Ceyras (*Moniteur universel* du 17 mars 1850) voulut ramener le disponible à une part d'enfant, à la condition

que cette part ne pourrait être donnée à l'un des enfants venant à la succession, sa proposition fut écartée presque sans discussion sur le rapport de M. Valette. D'ailleurs, la loi de germinal ne maintenait la réserve dans la ligne collatérale que jusqu'au degré de cousin germain. De plus, elle établissait une distinction entre les collatéraux réservataires; les frères et sœurs avaient une réserve de moitié, de même que les ascendants; les autres avaient une réserve du quart.

Nous ne croyons pas devoir examiner ici la question de savoir s'il convient à une bonne législation de restreindre le droit de propriété en faveur de successibles autres que les descendants ou les ascendants. Nous renvoyons, à ce sujet, à nos explications ultérieures. Nous ferons seulement, avant d'entreprendre l'étude de notre droit moderne, une dernière observation sur la nature de la portion indisponible édictée par les lois de nivôse ou de germinal. Devait-on lui reconnaître le caractère de légitime? Devait-on, au contraire, la regarder comme une réserve? En d'autres termes, était-elle due à l'enfant en sa seule qualité d'enfant? ou fallait-il, au contraire, que ce dernier, pour y prétendre, acceptât la succession et fût, par suite, investi de la qualité d'héritier? La seconde opinion nous paraît fort admissible. Et en effet, « les héritiers, portait l'article 9 de la loi de » nivôse, ne pourront, même en renonçant, se dispenser de » rapporter ce qu'ils auront reçu à titre gratuit. » Or, comment pourrait-on raisonnablement prétendre, après la lecture de cette loi, que l'enfant renonçant pouvait retenir, de quelque manière que ce fût, la moindre fraction des avantages à lui faits, avantages que le législateur considérait de la manière la plus explicite, comme de purs avancements d'hoirie? D'ailleurs, l'indisponibilité étant la règle dans le système de cette loi et la disponibilité l'exception, n'est-il pas évident que, pour invoquer un droit à la masse dont n'avait pu se dépouiller le père et qui formait, par

suite, l'hérédité, il fallait avant tout avoir droit à cette succession? Nous pourrions présenter la même réflexion sur la loi de germinal.

Code civil.

L'une des premières et des plus sages réformes du Consulat avait été la loi de germinal. Mais elle n'était que provisoire. Et en effet, dans le courant de la même année, le nouveau pouvoir, songeant à reprendre l'œuvre toujours commencée et toujours inachevée de ses devanciers, institua, par un arrêté du 24 thermidor, une commission dans le but de doter la France d'un code civil.

Considérant que, dans la pensée des nouveaux législateurs, devait constamment figurer cette idée, qu'il leur fallait assortir le droit moderne aux besoins d'une société démocratique, sans toutefois en faire téméairement, à l'exemple des lois de la Convention, le complice coupable des masses et des clubs; qu'il fallait, principalement, dans la rédaction, une netteté et une précision qui rendissent à l'avenir impossibles les contestations interminables qui avaient exercé la sagacité de nos anciens auteurs, on serait tenté de croire que, le code joignant au mérite d'être conforme aux mœurs de l'époque celui de la simplicité, les anciennes controverses étant aujourd'hui éteintes par des textes formels, c'est par pur esprit d'érudition et de curiosité scientifique que nous avons cru devoir insister sur l'étude de la législation romaine et de notre ancienne jurisprudence. Mais cette idée serait inexacte. « Lors du premier enthousiasme que produisit la possession » d'un nouveau code, a dit Troplong, des hommes » inattentifs se persuadèrent qu'il renfermait à lui seul les » notions nécessaires désormais à la magistrature et au » barreau, et, ils saluèrent d'un adieu superbe tout ce que

» les temps antiques avaient possédé de savant et d'illustre
» en jurisprudence. Mais en droit, comme en histoire,
» comme en politique, comme en tout, c'est une prétention
» déraisonnable de vouloir rompre avec le passé. Tandis
» que la suffisance dédaigneuse du moment s'imaginait que
» la science avait été mise à l'étroit dans les limites
» d'articles numérotés et que le cercle de Popilius lui avait
» été tracé pour toujours, la science brisait, aux premiers
» essais ses premiers liens; elle débordait de toutes parts,
» elle apparaissait insaisissable, immense, n'ayant d'autres
» bornes que l'esprit humain et la variété infinie des
» intérêts qui s'agitent dans la société..... » Au surplus, il
faut bien se garder de croire que toutes les anciennes
difficultés ont été tranchées par la loi de 1804. Outre que
l'œuvre de l'homme ne saurait être parfaite, les obstacles
que dut surmonter la fusion du triple élément romain,
moderne et coutumier, la rapidité surtout avec laquelle les
nouveaux législateurs accomplirent cette tâche immense,
ne permirent pas de mettre fin à toutes les controverses
d'autrefois, et surtout furent la source de lacunes par trop
nombreuses. En notre matière principalement il est fort
regrettable que les rédacteurs du code n'aient point
déterminé d'une manière explicite la nature de la réserve :
ils auraient épargné à la Cour de cassation des variations
bien singulières. De plus, la question de savoir si l'enfant
renonçant doit faire nombre, question que Fachinée
proclamait *gravis, ardua et subtilis disputatio* (controv.
IV. 31.) n'a point été résolue par la loi de 1804 d'une façon
directe et précise; et c'est pourquoi, contrairement à la
doctrine qu'elle avait elle-même adoptée en 1863 sur le
caractère de la portion indisponible, la Cour suprême a pu
juger souverainement, en 1866 et 1867 (affaire Dufeu,
Dalloz, 66. 1. 465; affaire Nounes, Dall., 68. 1. 65), que le
renonçant devait être compté. Enfin même incertitude
pour la solution de plusieurs difficultés également délicates

et surannées parmi lesquelles la question de savoir sur qui doit retomber l'insolvabilité du dernier donataire.

D'ailleurs, il faut convenir que, dans son ensemble, la loi nouvelle n'a rien que de louable : la réserve moderne présente l'avantage de concilier mieux que ses aînées, la réserve coutumière et la légitime romaine, les prérogatives du père, les droits de la famille et l'intérêt social. Repoussant avec prudence les sophismes de Mirabeau sur le droit de tester, le code civil admit, au profit du père, un disponible encore plus considérable que celui adopté par la loi de germinal. De plus, permettant, lui aussi, de gratifier un successeur (art. 919. code civil), il exigea du testateur, à la différence des coutumes de préciput, la manifestation à cet effet d'une volonté formelle. Sans cela, la donation fût déclarée devoir être regardée comme un simple avancement d'hoirie. A ce point de vue, le législateur de 1803 se montra plus profond que le législateur de l'an VIII : l'égalité devant être, en effet, désormais la base des partages, il fallait se garder de supposer facilement l'intention d'y faire brèche contrairement à la volonté du père de famille.

Enfin la loi nouvelle enlevait toute réserve aux collatéraux les plus proches, de même que la loi précédente l'avait enlevée aux collatéraux éloignés : la ligne directe seule eût dès lors droit à une portion indisponible.

On voit ainsi, d'après l'élévation du disponible et l'absence de réserve au profit des frères et sœurs, que les rédacteurs du Code se montrèrent plus favorables au droit de propriété que les auteurs de la loi de germinal. Comme eux, du reste, ils maintinrent avec sagesse les dispositions précédemment rendues, sous la Constituante, à l'effet de purger le droit héréditaire de tous privilèges d'ainesse et de masculinité. L'impossibilité d'exhérer fût-elle même maintenue. A ce sujet, Zachariæ (*Code de droit civil français*, t I, § 16) a reproché aux législateurs de 1804 « d'avoir relâché les liens de la puissance paternelle

» au point de compromettre les liens les plus sacrés
» de l'humanité.... »; M. Batbie (*Revue critique*, t. XXVIII)
pense lui-même « qu'il est impossible de nier qu'il serait
» juste, dans certaines circonstances, de permettre au père
» d'exhérer le fils indigne; que cette satisfaction
» pourrait et devrait être donnée à ceux qui réclament en
» faveur de la puissance paternelle. » On peut d'ailleurs
remarquer dans les observations des tribunaux d'appel
rapportées par Fenet (t. III, pages 21-56; t. V, p. 442) que les
cours d'Agen, d'Aix et de Riom avaient demandé la faculté
d'exhérer. Nous croyons cependant que le code consacrant
divers cas d'indignité, ses rédacteurs furent bien inspirés
lorsque, à l'exemple de la loi de nivôse confirmée par la loi
de l'an VIII, ils prohibèrent l'exhérédation : la piété filiale,
n'est pas un de ces sentiments que l'intérêt fait naître ou
que la crainte inspire. (V. Montaigne, *Essais*, II, 15, et
M. Paul Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*,
p. 426.)

D'autres critiques ont été faites contre la réserve
moderne. C'est ainsi que M. Rodière, (*Recueil de l'académie
de législation de Toulouse*, t. VIII), en voudrait étendre le
bénéfice aux frères et sœurs, et il faut avouer que le projet
de code civil était rédigé dans ce sens. Mais le tribunal de
Paris (Fenet, t. XII, p. 258) fit observer que la justice
n'exige pas en leur faveur une limitation au droit de
propriété, attendu que « dans l'exacte vérité, un homme ne
» doit rien à ses frères et sœurs : il ne leur a point donné la
» vie, il ne l'a point tenue d'eux.... » et cette idée, soutenue
au Conseil d'État par Portalis, Murair, Galli, Treilhard et
Béranger, fut adoptée par le Tribunat qui déclara (Fenet,
t. XII, p. 444), « que tout individu qui n'a ni descendants,
» ni ascendants, doit avoir une liberté illimitée de disposer
» de ses biens.... »; décision tellement équitable que
lorsque, sous la révolution de février, M. Crémieux
(*Moniteur* des 16 novembre et 18 décembre 1849) proposa

à l'assemblée de reconnaître aux frères et sœurs une simple pension alimentaire, son avis ne fut point pris en considération.

Le savant professeur de Toulouse insiste cependant et désirerait du moins que la quotité disponible fût réduite au taux de la loi de germinal. Mais ici encore nous ne partageons pas son avis; car nous pensons, avec Bigot-Préameneu (Fenet, t. XII, p. 300), que le chiffre du disponible était, sous l'empire de cette loi, trop faible « pour » réparer les inégalités naturelles ou accidentelles entre les » enfants. »

- A combien plus forte raison rejurons-nous les critiques de certains esprits qui regrettent l'abolition du droit d'ainesse, des substitutions et du privilège de masculinité (Le Play, *Réforme sociale*; Coquille, *les Légistes* 1863), ou qui invoquent la suppression de la réserve comme contraire à la fois à la propriété (Dunoyer, *Liberté du travail*), à la puissance paternelle (Molinari, *Soirées de la rue Saint-Lazare*), à la bonne distribution des fortunes (Frédéric Passy, *Leçons d'économie politique*) et à l'accroissement de la population (Le Play, *op. cit.*, § 20.) Il est clair qu'il suffit d'énoncer ces opinions pour en reconnaître l'inadmissibilité. (Compar. Mirabeau, *Discours sur l'égalité des partages*; Domat, *Lois civiles*, XI, 7; Andrieux, *Tribunat*, séance du 28 ventôse an VII; Benjamin Constant, *Moniteur universel*, 11 mai 1826; Paul Courier, lettre VI au *Censeur*; de Gasparin, *Cours d'agriculture*, V. 245; H. Martin, *le Mal social*.)

Dans nos explications sur la législation actuelle nous examinerons successivement :

- 1° La nature de la réserve;
 - 2° Les personnes en faveur desquelles elle a été établie;
 - 3° Le droit des réservataires sur les biens indisponibles.
 - 4° L'action en réduction.
-

CHAPITRE PREMIER

Nature de la réserve.

SECTION PREMIÈRE

La réserve est une portion de la succession *ab intestat*. — Il faut être héritier pour y prétendre par voie d'action.

Aux termes des articles 913 et suivants du Code civil, le patrimoine de chaque propriétaire est divisé en deux portions : l'une disponible et l'autre réservée à ses descendants ou ascendants.

Mais qu'est-ce, dans notre droit, que la réserve? Est-ce, comme la légitime de nos anciens pays de droit écrit une partie des biens du *de cuius* déclarée indisponible par la loi en faveur des enfants et des ascendants en leur seule qualité de parents? Ou, au contraire, la qualité d'héritier est-elle nécessaire pour en invoquer le bénéfice? Grande question intéressante au premier chef, mais dont la solution a divisé les meilleurs jurisconsultes! C'est que, en effet, d'une part, nous n'avons aucun texte précis à ce sujet. D'autre part, les travaux préparatoires eux-mêmes laissent planer sur ce point capital une incision déplorable. C'est ainsi que la commission destinée à présenter le projet paraît s'abstenir (Fenet, t. II, p. 276) à dessein d'employer une expression décisive et ne nous parle que de biens indisponibles et d'héritiers ayant le droit de réclamer la réduction. — Tronchet (Fenet, t. XII, p. 472), de son côté, semble ne voir aucun intérêt à distinguer la légitime et la réserve : Il demande à ce que l'on se préoccupe de « fixer la *légitime* indisponible que la » loi réserve aux enfants » ; il nous signale « la quotité de la » réserve du Droit romain » et nous parle du légitimaire

« auquel la loi accorde une *réserve*. » Le Tribunal est cependant plus explicite. Sur la présentation à lui faite du projet, il demande la suppression de l'article 31, d'après lequel les créanciers du défunt auraient eu le droit de se faire payer sur les biens recouvrés par l'effet de la réduction. « L'action en réduction, dit-il, est un droit purement personnel, il est réclamé par l'individu comme enfant, abstraction faite de la qualité d'héritier qu'il peut prendre ou non..... » D'ailleurs tel avait été le langage de Maleville, dans le sein même du Conseil d'État : « Dans le » cours de la discussion, déclarait l'orateur, on a mal à » propos supposé que le légitimaire agissait nécessairement » comme héritier. Si c'était en cette qualité, il serait obligé » de maintenir la donation, comme tous les autres contrats » souscrits par le défunt, au lieu d'être reçu à la faire » retrancher. » (Fenet, t. XII, p. 345).

Or, si l'on considère que la suppression réclamée par le Tribunal fût consacrée dans le système définitif (art. 921), on pourrait être amené à décider que, sous le code, la réserve héréditaire ayant la nature de la légitime romaine, la qualité de parent suffit pour être admis à y prétendre. Et telle est en effet la doctrine qu'a enseignée Troplong. (*Des Donations et des Testaments* (t. II, art. 921, n° 913 et suiv.). Ce magistrat reconnaît bien que « la réserve forme » seule la succession et que ceux qui la reçoivent sont seuls » héritiers du défunt ». Mais l'éminent jurisconsulte ajoute que, néanmoins pour intenter l'action en réduction, la qualité d'héritier n'est pas indispensable lorsqu'il s'agit de critiquer les donations entre-vifs.

Il faut se garder de confondre, nous dit-il, la succession *ab intestat* et la réserve : « La succession *ab intestat* découle d'une présomption d'affection du père envers » ses enfants ; la légitime découle d'une défiance de » la loi contre son pouvoir arbitraire. Dans le premier » cas, le législateur fait ce qu'il est présumable que le père

» aurait fait s'il eût exprimé sa volonté; dans le second, » elle défait, suivant les circonstances, elle modifie ou » limite l'œuvre de sa volonté exprimée. Dans le premier » cas, l'enfant représente et continue celui qui est censé » l'avoir appelé; dans le second, loin de le représenter » et de le continuer toujours, il peut être conduit à le » contrarier et le combattre. »

Nous ne saurions admettre, pour notre part, cette prétendue différence entre la portion indisponible et l'hérédité. Sans doute, d'ordinaire, les successions sont dévolues conformément à l'intention présumée du *de cuius*. Mais il n'en est point toujours ainsi. Lorsque, par exemple, une personne n'a laissé pour héritiers qu'un collatéral éloigné et son conjoint, est-ce que la préférence que la loi donne au collatéral respecte la volonté probable du défunt? Et lorsque les dernières dispositions d'une personne, ayant été déclarées nulles comme dépourvues de l'une des formes nécessaires exigées par le code, les biens dont le *de cuius* avait eu le dessein de dépouiller ses héritiers naturels leur sont restitués, est-ce que la dévolution du patrimoine de cette personne ne s'opère pas contrairement à ses désirs? Et pourtant, c'est en qualité d'héritiers que le collatéral et le successible appelés par la loi, seront préférés au conjoint et aux héritiers testamentaires! Pourquoi, dès lors, se refuser à admettre la compatibilité des titres de réservataire et d'héritier? Sans doute, le donateur n'aurait pu, lui, intenter contre les donataires l'action en réduction, de sorte que, au premier abord, il semble impossible de subordonner l'action en retranchement du réservataire à l'acceptation préalable de l'hérédité; mais la vérité est que, au contraire, le titre d'héritier est nécessaire pour être admis à exiger que le patrimoine du *de cuius* soit remis en l'état où il serait, à défaut des dispositions exagérées et illégales qu'il s'agit de faire réduire. En vain, Troplong nous opposerait-il les observations précitées du Tribunal

sur la rédaction primitive de l'article 921, et les modifications que cet article subit à la suite de ces observations. Le Conseil d'Etat était presque unanime, dans la séance du 5 ventôse an XI, à reconnaître que l'enfant ne pourrait jamais demander la réduction qu'en son titre d'héritier. Et l'on croirait raisonnablement, de nos jours, que, sur une simple proposition du Tribunat, relative à une question incidente, ce même Conseil d'Etat changea subitement d'avis, sans discussion, sans observation aucune? Car, il faut le dire, nous ne trouvons dans les procès-verbaux aucune trace de débat. Aussi paraît-il certain que cette assemblée, en accueillant la demande du Tribunat, ne s'inspira point des motifs erronés que ce dernier avait fait valoir, mais de cette idée bien autrement juridique de Tronchet (l'un des rédacteurs du projet primitif et sur les conclusions duquel le Conseil prit sa résolution), que, par analogie des règles sur le rapport (857), si les biens formant l'objet du retranchement doivent être considérés comme rentrant dans la succession, c'est seulement à l'égard des héritiers; qu'à l'égard des créanciers, au contraire, lesdits biens doivent être regardés comme irrévocablement sortis du patrimoine du *de cuius* et, par suite, avoir cessé à jamais d'être leur gage, pourvu que l'héritier réservataire ait pris soin d'accepter sous bénéfice d'inventaire; qu'enfin si les créanciers, conformément au projet original, étaient admis à se venger sur les biens recouvrés par le retranchement des libéralités entre-vifs, ils bénéficieraient, au préjudice des réservataires, d'un droit qui n'était introduit qu'en faveur de ces derniers. Au surplus, quelle que soit la conclusion que l'on puisse tirer des travaux préparatoires, ce qui nous paraît indubitable, c'est que notre opinion trouve une base assurée dans les textes du code. Si nous parcourons, en effet, les articles 913 et suivants, y découvrons-nous que la réserve est une simple créance attachée à la seule qualité d'enfant ou d'ascen-

dant? Non certes. Tout au contraire, en imposant au propriétaire qui laisse des parents en ligne directe, l'obligation de conserver dans sa succession une partie de sa fortune, le législateur de 1804 nous indique incontestablement que, pour prétendre à cette portion sacrée qui a dû rester intacte dans la masse des biens qu'il possédait à son décès, l'acceptation de la succession est un préalable obligé. C'est ce qui résulte, d'ailleurs, de la plupart des dispositions de la loi où la réserve est présentée comme un droit héréditaire. C'est ainsi que l'article 921 règle les droits des héritiers, au profit desquels la loi fait la réserve. C'est ainsi encore que les articles 1004, 1006, 1009 veulent que la demande en délivrance des legs, en général, soit formée contre les héritiers auxquels une quotité des biens du disposant est réservée. De même, voilà pourquoi la réserve ne doit être réclamée (915) que par ceux qui sont en droit de succéder, d'où il suit qu'un ascendant non privilégié en concours avec des frères et sœurs, ne saurait invoquer de réserve. Voilà pourquoi également le Code civil, qui par l'article 732 déclare que « la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la dévolution et a consacré, par suite, la suppression des réserves coutumières, a conservé cependant le nom de réserve à l'institution, objet de notre étude. Nous ne saurions donc raisonnablement nous associer aux critiques de Troplong, qui s'étonne que le Code ait maintenu « le nom de l'institution qu'il supprimait. » « Le Code, dit-il, a retenu le mot de *réserve* plutôt que le mot *légitime*, sans qu'on en puisse donner une bonne raison. Le mot *légitime* se trouvait dans les rédactions primitives. On le rencontre souvent dans les discussions. S'il a disparu, lors de la rédaction définitive, c'est par suite d'un de ces hasards de langage dont il ne faut pas se préoccuper. » Observation évidemment fausse, si l'on considère que le Code civil n'établissant à la différence de notre ancien droit, qu'une

seule institution dans le but de protéger les familles contre les libéralités excessives, a voulu, par le nom même qu'il lui donnait, ne laisser aucun doute sur sa nature de droit héréditaire, et la distinguer ainsi de la légitime romaine.

SECTION II

Il faut être héritier pour pouvoir y prétendre par voie d'exception.

Un premier point nous est donc acquis : pour obtenir la réserve par voie d'action, il faut être héritier; donc le renonçant, pas plus que l'indigne, ne saurait être admis à l'invoquer. Mais ne doit-on pas décider, comme dans notre ancien droit coutumier, que le renonçant peut du moins retenir la réserve par voie d'exception? La négative nous semble incontestable. La réserve, avons-nous dit, est la portion de succession rendue indisponible par la loi. Si donc on a renoncé à la succession, on est privé de tout droit aux objets réservés, et l'on se trouve dans le cas de l'article 785, suivant lequel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. En d'autres termes, on ne peut retenir que le disponible (845).

Vainement nous opposerait-on l'article 921, d'après lequel la réduction des donations ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause; vainement ajouterait-on que les donataires, les légataires ou les créanciers du défunt ne peuvent demander cette réduction ni en profiter. Nous répondrions que si les donataires, les légataires et les créanciers n'ont pas le droit de faire réduire les donations, c'est parce qu'on a justement pensé qu'ils ne devaient point jouir d'un privilège introduit uniquement dans l'intérêt des enfants; mais que, respectivement à ceux-ci, la loi ne nous dit nullement qu'ils peuvent partager l'excédant de la quotité disponible, quoiqu'il ne soient point héritiers.

L'article 924 ne fournit point une induction plus raisonnable en faveur de nos adversaires. « Si la donation entre-vifs réductible, est-il dit dans cet article, a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature. »

Cet article a simplement pour but d'accorder à l'enfant donataire qui vient à la succession la faculté de retenir *in specie*, sur les biens à lui donnés, la part de réserve, dans le cas où il existe dans la masse d'autres biens de même nature. Entendue autrement, la loi serait profondément arbitraire, car, prévoyant l'hypothèse d'un enfant renonçant, elle soumettrait le droit de rétention qu'elle lui accorde sur les biens réservés, à la condition pourtant indifférente en matière de réduction (où l'on ne considère que la quotité), qu'ils soient de la même nature.

Ces motifs d'abord adoptés par la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 30 janvier 1816, furent consacrés par un arrêt de la Cour suprême à la date du 18 février 1818.

Dès le 11 août 1829, la Cour de cassation abandonnait cependant en partie sa doctrine primitive; elle admit, en effet, que les biens donnés ou légués à un enfant qui renonce pour s'en tenir à son don, devaient être imputés, en premier lieu, sur sa part de réserve et subsidiairement sur la quotité disponible.

Ce nouveau système, adopté par la Chambre des requêtes dans l'affaire Mourgues, fut également appliqué, le 24 mars 1834, par la Chambre civile, dans l'affaire Castille. Pourquoi ces modifications? C'est que la théorie consacrée par la Cour de cassation, en 1818, entraînait, dans la pratique, un inconvénient très grave qu'il semblait équitable d'écarter. En effet, la doctrine de l'imputation sur la quotité disponible seule, permettait au réservataire gratifié, sans dispense de rapport, d'annihiler, à son gré, les libéra-

lités postérieures faites par le père de famille. Acceptait-il? La loi le soumettait au rapport, et, par suite, le disponible n'étant pas entamé, le *de cujus* en avait pu gratifier valablement, soit un autre enfant, soit un étranger. Renonçait-il? Les biens à lui donnés étaient imputés sur le disponible qui se trouvait sinon absorbé, du moins diminué d'autant.

Quelque fâcheux que fût ce résultat, l'application stricte des principes devait, néanmoins, s'imposer à la Cour suprême. Sans doute, cet inconvénient était de nature à appeler l'attention du législateur. Mais on ne pouvait raisonnablement, espérer accomplir cette réforme à coups d'arrêts (Valette, journal *Le Droit*, 6 sept. 54). La loi, quelque incomplète qu'elle soit, doit être obéie, non-seulement par l'interprète, mais encore et surtout par la Cour législatrice. Aussi, a-t-on de la peine à comprendre que des jurisconsultes éminents se soient efforcés, néanmoins, de justifier le système de la Cour suprême. « La renonciation » du successible donataire ou légataire en avancement » d'hoirie, disent MM. Aubry et Rau (*Cours de Droit civil* » *français*, t. VII, § 684), ne peut, en aucune manière, » influencer sur la fixation de la quotité des biens dont le » défunt devait avoir la libre disposition. Il résulte, du » contexte des différentes dispositions du Code que, pour » arriver à cette fixation, on doit prendre, comme point » unique de départ, l'ouverture de la succession. Confer. » art. 920 et 922. D'ailleurs, le système contraire ouvrirait » les portes à la fraude, en ce qu'il permettrait au succes- » sible, donataire ou légataire en avancement d'hoirie, de » restreindre ou d'anéantir, au moyen d'une renonciation » concertée avec ses cohéritiers, l'effet des dispositions » ultérieures que le défunt s'était réservé la faculté de » faire, par cela même qu'il n'avait antérieurement disposé » qu'à titre d'avancement d'hoirie. Ce qui prouve que le » législateur a considéré la position du successible renon- » çant comme différente de celle d'un étranger, et qu'il est

» parti de l'idée que les biens donnés ou légués au premier
» conservent, malgré sa renonciation, le caractère de biens
» donnés en avancement d'hoirie, c'est la disposition même
» de l'art. 845 et la manière dont cet article est rédigé. Les
» expressions *peut cependant retenir*, dénotent évidemment
» une exception faite dans un esprit de faveur pour le suc-
» cessible renonçant; et comme cette exception ne réside
» pas dans le montant de la retenue, puisque la quotité
» disponible est la même pour les successibles que pour
» un étranger, il faut, de toute nécessité, qu'elle soit
» relative au droit même de retenir. Or, comment expliquer
» la nécessité ou l'utilité d'une disposition exceptionnelle
» et de faveur qui autorise le successible renonçant à
» retenir son don, à moins de supposer que sa renon-
» ciation ne le place pas *ipso facto* dans une condition
» absolument semblable à celle d'un donataire étranger,
» et que les biens donnés ne perdent pas, par suite de
» cette renonciation, le caractère des biens donnés en
» avancement d'hoirie? .

Cette argumentation n'est point fondée. N'est-il pas évident, en effet, que quand l'enfant unique laissé par le *de cujus* renonce à la succession de son père, à laquelle se trouveront appelés, à son défaut, de simples collatéraux, le disponible, qui n'eût embrassé, au cas d'acceptation de l'enfant, que la moitié des biens, les comprendra maintenant tous? Il est donc faux d'affirmer, avec MM. Aubry et Rau, que la renonciation d'un successible est sans effet sur le taux de la réserve. Quant aux articles 920 et 922, ils sont étrangers à la question qui nous occupe. Par ces mots : « lors de l'ouverture de la succession » (920), le législateur entend exprimer simplement que la réduction de la donation ne peut être demandée pendant la vie du donateur, ni le donataire obligé de rapporter les fruits. Telle est la conclusion qui découle explicitement de la discussion du Conseil d'État (5 ventôse an XI) et du rapport de Jaubert

au Tribunal. Enfin, si l'article 922 s'attache au temps du décès du donateur, c'est au point de vue de l'évaluation des biens donnés; il fixe, au contraire, la quotité disponible, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse et dont le nombre dépend de leur acceptation ou de leur renonciation. Ce qui prouve, d'ailleurs, contre la théorie de l'imputation, c'est que, en définitive, imputer c'est payer. Or, on ne peut payer qu'entre les mains de celui qui est créancier, et c'est précisément cette qualité d'ayant droit à la réserve qui manque au successible renonçant, puisqu'il est censé n'avoir jamais été héritier (785). Quant à la forme dérogatoire de l'article 845, « cependant.... », elle s'explique par cette considération que, à l'exemple de la Coutume de Paris, dont l'article 307, par opposition aux Coutumes d'égalité parfaite, était ainsi conçue : « Néanmoins, où celui » auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don, faire le » peut, en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux » autres », l'article 845, par l'expression *cependant*, a eu pour but de manifester chez le législateur nouveau l'intention de repousser le système égalitaire des lois révolutionnaires, et de confirmer ainsi la loi de germinal an VIII. Tel est, en deux mots, l'esprit de la loi. Quant à la question d'imputation, elle ne s'en occupe point et ne devait point, en effet, s'en occuper, l'article 845 faisant partie de la section des rapports et n'ayant point conséquemment pour but de trancher une des plus fortes controverses de la portion indisponible, c'est-à-dire du chapitre de la réserve.

On objectera, peut-être, conformément à l'arrêt du 11 août 1829 (Cass., Mourgues), que l'avancement d'hoirie est une libéralité d'une nature exceptionnelle, et ne doit point, par suite, être imputée comme les dons ou legs ordinaires faits à des étrangers....., qu'il n'est « qu'une » remise anticipée de la part que l'enfant, ainsi doté, est » appelé à recueillir dans la succession de son père. »

Mais nous répondons, avec M. Labbé (*Du don en avancement*

d'hoirie, n° 7), que, sous le Code, « l'avancement d'hoirie » n'est pas une manière spéciale de disposer de ses biens. » Le législateur moderne déclare, en effet, que « on ne » pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par » donation entre-vifs ou par testament (893), » passant ainsi sous silence le prétendu mode de transfert signalé par nos adversaires. C'est que, à vrai dire, supposons un instant consacré, de nos jours, ce troisième genre de libéralités, on devrait entendre par là, suivant M. Ragon, le don d'une portion de succession, en d'autres termes, le don de la réserve pour la part afférente au gratifié. Mais on ne donne, ce nous semble, à quelqu'un, que ce qu'on pourrait lui refuser; or, c'est la loi qui attribue la réserve. Il faut donc, relativement à l'obtention de la portion indisponible, écarter l'idée de donation ou de legs.

Où s'arrêter, d'ailleurs, dans cette voie? Si les libéralités faites sans clause de préciput à un successible réservataire avaient le caractère qu'on leur prête, il faudrait en conclure logiquement :

1° Qu'elles seraient révoquées par le seul fait que le donataire viendrait à mourir sans enfants avant le père donateur; et alors que deviendrait la maxime célèbre : « Donner et retenir ne vaut (894), » qui s'applique aussi bien aux libéralités faites à des enfants qu'à celles faites à des étrangers?

2° Que les héritiers réservataires, en laissant à l'enfant donataire postérieur sa réserve intacte à titre de donataire, pourraient réclamer la leur aux donataires antérieurs; et alors, que deviendrait l'article 923, qui ne permet d'exercer la réduction que par ordre de dates? Oh! qu'elle était judicieuse cette observation de Ricard (*Traité des donations*, 3^e part., c. VIII, n°983) : « Combien qu'une injustice manifeste mérite bien qu'on retranche quelque peu » des maximes générales, il faut, néanmoins, se servir de » ce privilège le moins que l'on peut, parce que ces passe-

» droit ont coutume d'entraîner avec eux quantité d'inconvénients que l'on n'avait pas prévu. »

De la doctrine de l'imputation à celle du cumul, il n'y avait qu'un pas; car quand on a imputé sur la réserve la libéralité faite au renonçant, l'excédant de ce don sur la réserve forme le disponible. Or, comment attribuer à d'autres ce reliquat qui se trouve entre les mains du renonçant, en vertu d'une donation entre-vifs? C'est ainsi que la jurisprudence suprême, qui avait abandonné les vrais principes en vue de faire respecter plus sûrement les volontés du père de famille, aboutit à les sacrifier en créant arbitrairement au renonçant une situation de tous points identique à celle qui aurait été pour lui la conséquence de l'acceptation de l'hérédité et de l'insertion, dans la donation, d'une clause expresse de préciput.

Le premier arrêt qui admit le cumul fut l'arrêt Castille (1834). La Cour suprême, dans cette affaire, trancha, du même coup, la question d'imputation qui était dans la cause et la question du cumul qui n'y était pas, et c'est pourquoi la nouvelle modification apportée par la jurisprudence aux principes qu'elle avait consacrés en 1818, n'eut que peu de retentissement. Mais elle se prononça formellement dans le même sens, à la date du 17 mars 1843.

N'allons pas croire cependant, que puisqu'il s'agissait, dans l'arrêt du 17 mars 1843, de bouleverser directement et d'une manière définitive sa jurisprudence de 1818, la Cour suprême tenta de suprêmes efforts pour justifier sa nouvelle doctrine. Ce serait une illusion, car la vérité est, au contraire, qu'elle brisa avec le passé, en ne donnant à l'appui de ses innovations que des motifs insignifiants et qui n'étaient pour ainsi dire qu'une pétition de principe. « S'il ne s'agissait que de réfuter cet arrêt, en lui-même, » écrivit Marcadé (*Éléments de droit civil français*, t. III, » art. 913 et 914), ce serait bientôt fait; car jamais motif » n'a été aussi faible, pour ne rien dire de plus, que celui

» sur lequel s'appuie la Cour. Voici les considérants :
» Attendu que le père de famille ne peut entamer la réserve
» légale au préjudice de ses enfants ; que s'il a disposé en
» faveur de l'un d'eux, la renonciation de celui-ci à la
» succession paternelle pour s'en tenir à la donation à lui
» faite, n'a d'autre résultat que de lui donner le droit de
» retenir, dans les limites de la loi, ce qu'il lui a été donné ;
» mais que par là il n'abdique pas sa part dans la réserve
» légale, à laquelle sa *qualité d'enfant* lui donne droit ; que
» cela résulte de la combinaison des articles 845 et 919
» du Code civil..... »

La Cour de cassation, comme on le voit, s'appuyait donc sur cette idée que la qualité d'enfant suffit pour avoir droit à la réserve. Mais c'est précisément ce qu'il s'agissait de démontrer ! « Est-ce ainsi, s'écriait à ce sujet M. Duvergier (*sur Toullier*, t. V), que cette grande institution remplit le but qui lui est assigné, de fixer la jurisprudence et de préparer les améliorations de la législation ? Chaque arrêt de la Cour à bon droit nommée suprême, devrait être un chef-d'œuvre de doctrine et de logique. »

Et pourtant, cette théorie, reproduction évidente de l'ancienne légitime, a été, depuis cette époque, longtemps soutenue par la Cour de cassation et de nombreuses Cours d'appel. Bien mieux, plusieurs auteurs parmi lesquels MM. Troplong (*oper. cit.*), Gabriel Demante (*Revue critique*, t. II), Bressolles (*Revue critique*, t. XVII), Labbé (*Manière de calculer la réserve*), et Ragon (*oper. citat.*) l'ont enseignée avec talent.

Que conclure de là, sinon que la difficulté est excessivement complexe ? Voyons s'il existe d'autres motifs à l'appui de la doctrine du cumul.

A entendre l'un de ses plus célèbres défenseurs, Troplong, « ce que l'ancienne législation décidait sur ce point doit être suivi sous le Code Napoléon ; car, d'une part, le Code n'a pas de dispositions explicites relative-

» mient à la difficulté agitée; et de l'autre, il semble que,
» dans son silence, on doit s'en référer aux principes que
» l'équité et la saine raison avaient fait universellement
» admettre par nos maîtres en jurisprudence..... » Dans
la bouche d'un aussi grand jurisconsulte, ce langage
nous surprend. Comment! Est-ce la saine raison qui
inspira l'article 307 de la coutume de Paris? Et dans
une législation qui avait fait de la légitime un titre
héréditaire, n'était-il pas, au contraire, illogique de
permettre au renonçant la rétention d'une partie de
l'hérédité? Car, il faut le dire, l'article 307 supposait, sans
aucun doute, que la qualité d'enfant suffisait pour retenir
la légitime. Or, Dumoulin atteste qu'il était de règle, dans
nos coutumes, qu'il fallait accepter la succession pour
invoquer la légitime : « *Apud nos, nemo legitimam habet nisi*
» *qui heres est.* » Il était donc contradictoire d'exiger, d'une
part, la qualité d'héritier et de déclarer suffisante, d'autre
part, la qualité d'enfant; et mieux valait, assurément, puis-
qu'en empruntant la légitime aux pays de droit écrit on en
avait modifié la nature, accepter sans scrupules toutes les
conséquences de cette innovation. Aussi, loin d'admettre,
sous le Code, une semblable dérogation aux principes, nous
croyons plus juridique de décider que la renonciation
enlève invariablement tout droit à la réserve.

Troplong insiste cependant : « le Code, nous dit-il, n'a
» pas défini littéralement les mots *portion disponible*. Mais la
» raison dit qu'on doit entendre par là tout ce dont une
» personne peut disposer sans porter atteinte à la part de ses
» héritiers à réserve autres que le donataire. Aussi la quotité
» disponible d'un père envers un étranger est tout son
» patrimoine, moins la part réservée à ses enfants; et celle
» d'un père envers l'un de ses enfants est toute la
» quote qui était disponible envers un étranger, et de plus
» la part de réserve que la loi assigne à cet enfant donataire.
» D'où il suit qu'il y a deux sortes de quotités disponibles :

» l'une absolue à l'égard des étrangers, l'autre relative en
» faveur des héritiers à réserve. »

Cette argumentation est erronée, car où trouvons-nous, dans le Code, la trace d'une distinction entre la quotité disponible fixée pour les étrangers et celle fixée, au contraire, pour les enfants? Le chiffre du disponible varie sans doute, de nos jours, à la différence de ce qui avait lieu sous l'empire de la coutume de Paris, où il se trouvait indistinctement fixé à la moitié des biens; mais c'est uniquement en proportion des enfants laissés par le *de cujus*; peu importe, du reste, que la personne gratifiée soit parente ou étrangère : la généralité des articles 913 et 915 ne permet pas de distinction.

Vainement le savant jurisconsulte ajoute-t-il que l'héritier qui « ne renonce comme héritier que pour se présenter » ensuite comme donataire..... ne disparaît pas; il ne fait » que changer de rôles et choisir entre deux titres celui » qui lui est le plus avantageux.... » Cette idée est inexacte, car la renonciation enlevant au donataire tout droit à l'hérédité, il ne lui reste plus qu'un titre à invoquer : celui de donataire. Or ce dernier ne lui donne droit qu'à la quotité disponible, abstraction faite de la réserve qui, elle, ne peut émaner de la loi.

Il est également inadmissible de prétendre que « au » surplus, les enfants n'ont que deux voies pour faire » toucher aux donations faites par leur père : la voie du » rapport et celle de la réduction. Celle du rapport ne peut » avoir lieu, car le rapport n'est dû qu'entre cohéritiers; » celle de la réduction n'est pas plus praticable, car les » enfants ne peuvent l'intenter que pour être remplis de » leur légitime; or, dans l'état des choses qui fait naître » notre hypothèse, ils ont leur légitime intacte, et ce serait » la légitime du donataire qu'ils demanderaient. »

La vérité est que, pour refuser aux autres enfants le droit d'exercer la réduction contre le renonçant, il faudrait préa-

lablement admettre au profit de ce dernier le droit de retenir sa part de réserve. Or, nous croyons avoir démontré que ce résultat est impossible.

La conclusion de tout ceci est donc que l'illustre magistrat se trouvait mal inspiré quand il écrivait : « J'avoue » que, moi-même, j'ai de bonne heure formé mon opinion » sur l'arrêt Laroque de Mons, fort bien motivé, du reste, » et fait pour produire une vive impression. Mais, plus » tard un revirement subit s'est opéré, et la Cour de cassation » s'est prononcée en faveur du cumul. *Je crois que ce changement est du nombre de ceux qui marquent un notable progrès dans la jurisprudence.* »

Un notable progrès ! Eh, dans quel sens ? Ah ! c'est que, sans doute, la théorie du cumul supprime l'inconvénient précédemment signalé qui résultait de la doctrine de 1818 et qui donna naissance à la théorie de l'imputation ? Mais non, elle l'aggrave, au contraire. C'est ce que Troplong nous démontre fort bien lui-même à l'aide d'une espèce que, par une étrange hallucination, il a présentée, deux fois comme établissant l'inadmissibilité de notre système, tandis que, à l'inverse, elle met en évidence les déplorables résultats de la doctrine du cumul (Compar. M. Demolombe, *Traité des donations*).

Quoi qu'il en soit, M. Ragon appuie chaleureusement cette doctrine. Il reconnaît, à la vérité, que « il n'y a » point de disposition qui donne expressément à l'enfant » qui renonce, pour s'en tenir à un avantage quelcon- » que, le droit de retenir sa part dans la réserve, et il y » « en a un qui lui donne le droit de retenir la portion dispo- » nible. Mais (ajoute le savant professeur), une preuve » invincible que le Code permet à un précipitaire renonçant » de retenir sa part de réserve avec la quotité disponible, » c'est que le Code ne lui aurait imposé, de ce chef, qu'un » simple rapport à succession, s'il y fût venu. L'article 844, » avec les articles 866 et 918, dit que l'excédant d'un pré-

» ciput sur le disponible est sujet à rapport par le successi-
» ble qui accepte la succession..... J'en conclus, par une
» conséquence nécessaire, qu'il a le droit de retenir, en y
» renonçant, premièrement, la quotité disponible qui lui a
» été expressément donnée, et secondement, sa part de
» réserve, qui cesse d'être rapportable par l'effet de sa
» renonciation. »

Cette conclusion est inadmissible, de même que le principe qui lui sert de base. Aux termes de l'article 920, tout ce qui dépasse le disponible est sujet à retranchement, et cela, sans distinction aucune. Donc, l'enfant renonçant ne doit conserver les libéralités par lui reçues que jusqu'à concurrence de la quotité disponible; seuls, ses frères ont droit à une réserve s'ils ont accepté la succession. Sans doute, lorsque le successible donataire par préciput accepte l'hérédité, ses cohéritiers ne peuvent se prévaloir contre lui de la réduction si les biens à lui donnés ne dépassent pas sa part de réserve et la quotité disponible cumulées. Mais c'est que, alors, le successible étant héritier doit avoir sa part de réserve. Que si, au contraire, nous prenons pour donataire un enfant renonçant, il ne pourra évidemment, à l'exemple d'un étranger, retenir que la quotité disponible, et il ne lui restera, de la part qu'il aurait eue dans la réserve, que la plus-value dont sa renonciation a pu accroître le disponible. Pour l'excédant, il sera sujet à réduction.

M. Ragon a beau répliquer que notre théorie est contredite par l'article 921, « qui ne confère l'action en réduction à » chaque successible que dans la proportion de ses droits à » la réserve...., » c'est-à-dire « a fait la réserve divisible » et individuelle comme l'était la légitime de la Coutume de » Paris, en vertu de son article 298. » Cette objection n'est point sérieuse. Qui ne sait, en effet, que l'article 921 a eu seulement pour but d'écarter les créanciers du *de cujus*, du bénéfice de la réduction, ce qui explique le silence du

législateur sur les legs, vis-à-vis desquels ils ont un droit propre du chef du défunt? Il n'est même pas exact d'affirmer que « la discussion de laquelle est sorti l'article 921 met » ce point hors de doute, » car si les modifications réclamées par le Tribunat furent acceptées, ce fut, comme nous l'avons établi précédemment, sous l'inspiration de motifs bien différents à ceux qu'il avait signalés lui-même. Et voilà pourquoi les articles 18 et 24 *in fine* du projet qui auraient pu, nous le comprenons, favoriser l'opinion contraire, ne furent point reproduits dans la rédaction définitive. Ils étaient ainsi conçus :

Art. 18. — S'il y a des enfants ou descendants des enfants au temps du décès, ils auront, à titre de légitime, les trois quarts de ce qui leur reviendrait par succession s'il n'y avait pas de donations entre-vifs ou testamentaires

Art. 24 *in fine*. — Dans tous les cas, la réduction sera dans les proportions établies par l'article 18, en raison de la légitime ou de la réserve de chaque successible.

Ces dispositions n'ayant point été consacrées, que devons-nous en conclure, sinon que le législateur de 1804 a refusé d'attribuer à la réserve moderne le caractère que M. Ragon lui suppose?

« Si j'osais hasarder une critique, » disait vec circonspection M. Auzies, dans son rapport à l'Académie de législation de Toulouse sur l'ouvrage de M. Ragon, « j'observerais » qu'il s'est trop complu, peut-être, dans l'étude des » documents historiques et particulièrement dans l'examen de l'institution déjà fort ancienne de la légitime » romaine... On s'expose quand on veut, les yeux toujours » fixés sur le passé, donner la parfaite intelligence du présent, à méconnaître à la fois l'esprit, le mobile et même » l'expresse volonté de la loi nouvelle. Ce qui était prépondérant en droit romain, ce qui constituait la succession, c'était la volonté de l'homme; chez nous, c'est la » succession *ab intestat* qui l'emporte. »

» L'opposition, on le voit, est donc complète, et c'est à
» l'aide de ces principes nouveaux qu'il faut désormais ré-
» soudre les questions de cette nature et les situations
» qu'elles engendrent. »

Tant de raisons décisives en faveur de notre doctrine auraient dû, ce semble prévaloir dès longtemps, et il faut avouer que si pour le cumul on trouve jusqu'au célèbre arrêt Lavalley, vingt-sept arrêts de Cours impériales, sept arrêts de la Cour suprême et quatorze opinions de jurisconsultes ou d'auteurs, avec des retours et variations d'avis qui accusent la perplexité du sujet, on a pu compter, à l'appui de notre système, trente-quatre arrêts de Cours impériales, l'unique mais judicieux arrêt de cassation de 1818, et trente-trois auteurs. Il est donc permis de le dire, jamais débat ne fut plus vif et à la fois plus regrettable.

« Comment, en présence d'une telle divergence, pouvait-on espérer, observe M. Bressolles, de régler avec sécurité l'établissement des enfants et d'exercer la magistrature domestique? Tous faisaient ici la prière de l'aveugle de l'Evangile : *Fac Domine, ut videam.* » (Joan., XVIII. 41). (V. Bressolles, *Acad. de législ.* Toul., 1864).

Enfin, à la date du 27 novembre 1863, la Cour suprême, après avoir admis successivement les trois systèmes dont nous venons de soumettre l'exposé, consacra, toutes chambres réunies, la doctrine que nous avons adoptée nous-même, sur le rapport de M. Faustin Hélie, et, conformément aux conclusions de Dupin aîné, qui, bien qu'octogénaire, vint une dernière fois solliciter la Cour régulatrice « d'accroître sa renommée par un nouveau désintéressement d'amour-propre. Le mot *enfant* comme intermédiaire entre donataire et héritier, » s'écria l'illustre magistrat, » n'existe pas dans le Code civil; c'est une création fantasmagorique et cérébrine : il y a une quotité disponible et une réserve, il y a des donataires et des héritiers; il n'y a place à une troisième classe de personnes. » (D. 1864. 1.

p. 17. 21.) D'ailleurs, on comprenait encore le cumul, en faveur des renonçants, dans les pays de coutume. C'était un moyen d'éluder les rigueurs exagérées des coutumes d'égalité, et, d'autre part, on pouvait craindre l'action des créanciers héréditaires, dont les biens rapportés devenaient le gage; mais ces deux inconvénients ont disparu avec les articles 844 et 921. Aujourd'hui donc, le fils avantagé qui renonce, ne peut le faire que par suite d'un calcul égoïste : il dépouille ses frères et sœurs et fait injure à la mémoire de son père, en répudiant sa succession : « c'est un mauvais » fils, s'écriait le procureur Dupin, c'est un mauvais frère! » Donner au renonçant le double de ce qu'il aurait eu en » acceptant, est-ce là le Code civil? Est-ce là le principe » d'égalité qui est la base, le droit commun de nos succes- » sions? C'est contre la volonté du père de famille que » l'enfant renonçant voudra cumuler la quotité disponible et » la réserve légale, et qu'à l'aide de la jurisprudence intro- » duite sur le cumul, il se fera tout à la fois préciputaire, » sans clause de préciput et réservataire, quoiqu'il ait » renoncé à la succession! C'est un calcul odieux offert à la » cupidité et introduit dans les familles au préjudice du » principe de l'égalité! »

Le réquisitoire de l'éminent procureur général ne se préoccupait cependant pas du grave inconvénient qui, en 1829, inspira les premières variations de la jurisprudence régulatrice. Mais M. Faustin Hélie (*Dall., op. et loc. cit.*) avait, dans son rapport, envisagé la difficulté : « C'est au » disposant, avait fait observer l'illustre jurisconsulte, de » conjurer le péril par sa prévoyance, il doit connaître la loi, » il doit savoir la faculté d'option, qu'elle laisse ainsi au do- » nataire : il doit en prévoir et en régler les effets. » Le père pourrait donc, suivant le conseil de Lebrun (*Traité des succ.*), frapper la donation d'une condition résolutoire pour le cas de renonciation (Compar. Marcadé, *op. cit.*; Boissennade, IV, 3 § 4; Bressoles, *Revue crit. de jurispr.*, 1860, 17.)

CHAPITRE II

Des Personnes appelées à bénéficier de la réserve.

Sous l'empire du Code, les parents de la ligne directe seuls ont droit à la réserve. L'article 916 est formel à cet égard. Les collatéraux, par conséquent, ne sont pas admis à faire réduire les libéralités du défunt. Le projet, il est vrai, admettait en faveur des frères et sœurs une réserve restreinte au double point de vue de l'étendue d'application (elle ne frappait que les libéralités testamentaires) et de la quotité disponible (elle n'était invariablement que du quart) : « Il ne faut pas perdre de vue, disait Bigot-Préame-
» neu, une idée morale et politique qui tend à maintenir
» dans les familles des rapports ayant sur l'ordre social
» une grande influence. Les frères et sœurs sont présumés
» avoir été soumis à l'autorité du même père de famille,
» tenir de lui un patrimoine qu'il était dans son cœur de
» voir répartir entre eux, et que presque toujours ils doivent
» à ses économies et à ses travaux. » Mais, nous le savons déjà, le Tribunat, nonobstant les insistances de Tronchet, Malleville, Thibaudeau, Crétet, Emery et Bonaparte, réussit à faire prévaloir le système actuel, qui, bien que critiqué par plusieurs auteurs, ne laisse pas d'être généralement approuvé, attendu que, d'une part, dans l'exacte rigueur des principes, un frère ne doit rien à ses frères et sœurs, et que, d'autre part, chacun d'eux a obtenu déjà sa part de réserve sur les biens de l'auteur commun.

SECTION PREMIÈRE

Réserve des Enfants

§ 1

Des Descendants réservataires.

Les enfants légitimes tiennent, bien entendu, le premier rang parmi les réservataires; mais, malgré le silence de l'article 913 à ce sujet, les enfants légitimés ayant, aux termes de l'article 333, les mêmes droits que s'ils avaient été conçus en mariage ont également une réserve sur les successions ouvertes postérieurement au mariage qui leur a conféré les avantages de la légitimation. Nous croyons même que le bénéfice de cette disposition est également applicable à la postérité légitime de l'enfant naturel légitimé, et cela sans distinction entre les enfants nés depuis le mariage qui a amené la légitimation et ceux qui étaient nés antérieurement (332 arg.)

L'adoption qui fut en honneur dans les législations anciennes de l'Inde (Oriane, *traité des successions de Vijhdnecvâra*), de la Grèce (Isée, *de Apoll. her.* § 39) et de Rome (*Institut. lib.*, titre XI) et que nous trouvons chez les Francs (Grégoire de Tours, *Hist. Franc. ecclésiast.*, liv. VII; d'Egly, *Dissertation sur l'Adoption par les armes*, l. Ripuer, t. 48; de Rozière, *Formules*; Grenier, *Discours sur l'Adoption*) fut inusitée dans notre vieux Droit. Cependant elle fut consacrée par le législateur de 1804, et comme, d'après le Code, la filiation fictive qu'elle engendre attribue à ceux qui en sont l'objet, « les mêmes droits » que s'ils étaient nés en mariage » (350), il n'est pas douteux que les enfants adoptifs doivent être rangés au nombre des réservataires.

Nous n'insisterons pas sur cette idée évidente que ce résultat est contraire au droit naturel : en effet, les ascendants se trouvent ainsi dépouillés au profit le plus souvent d'enfants vis-à-vis desquels la légitimation eût été impossible ou la reconnaissance inefficace. Nous ferons observer seulement que la réserve des enfants adoptifs frappe, quoi qu'en ait dit Delvincourt (tome I, p. 96), et les libéralités entre-vifs et les libéralités testamentaires, quelle que soit, au surplus, la date des premières. L'article 350 est, en effet, très explicite à assimiler au point de vue du droit successoral l'enfant adoptif à l'enfant légitime. Or ce dernier peut faire réduire indistinctement toutes les donations qui portent atteinte à sa réserve. Donc il en doit être de même de l'adoptant qui, par suite, sera également admis, le cas échéant, à exercer le retranchement sur les donations faites antérieurement à l'adoption. En vain objecterait-on l'irrévocabilité des donations : « Toute » donation, observe M. Demolombe (*Cours de code* » *Napoléon*, t. VI, n° 157 et suiv.), est faite sous la » condition qu'elle sera réduite dans les limites de la » quotité disponible, s'il se trouve, lors du décès du » donateur, un héritier réservataire quel qu'il soit et à » quelque époque qu'il soit né. » Que si l'adoption ne fait pas, comme la survenance d'un enfant né en mariage, résoudre les donations antérieures, on ne peut pas en conclure que la réduction de ces dernières libéralités soit interdite à l'adopté, car autre chose est la révocation de plein droit destinée avant tout à favoriser le père légitime et la révocation pour cause d'indisponibilité destinée exclusivement à protéger les enfants.

Il est constant que l'adopté a une réserve sur la succession de l'adoptant. En est-il de même de ses enfants légitimes? Plusieurs auteurs, parmi lesquels Toullier (t. II, n° 1011), Marcadé (*oper. cit.*, sur art. 350), Boissonnade (*oper. cit.*, liv. 4, chap. I), soutiennent l'affirmative. Telle

n'est pas notre opinion. Cette question se rattache, en effet, de la façon la plus intime à celle de savoir si les descendants de l'adopté sont appelés à la succession de l'adoptant. Or, c'est ce que nous n'admettons pas, attendu que l'adoption étant un contrat à la formation duquel les parents des parties sont étrangers, il crée un lien non pas entre deux familles, mais entre deux membres de deux familles, ce qui entraîne, par conséquent, l'application, dans l'espèce, de la maxime *res inter alios acta aliis nocere nec prodesse potest*. Il est vrai que, en Droit romain, il était de principe que les descendants de l'adopté prissent après sa mort sa place dans la succession de l'adoptant (l. 27, D., *De Adopt. et emancip.*, l. 7), mais l'adoption produisait, en Droit romain, des effets bien différents de ceux qu'elle produit en Droit français. Gaius (*Comment.*, I, §§ 162 et 163), atteste, en effet, qu'à Rome, l'adopté sortait de sa famille naturelle par l'effet de la *capitis deminutio*. Chez nous, au contraire, l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits (348). Dans la législation romaine, l'adopté devenait l'agnat de tous les agnats de son père adoptif et acquérait, en conséquence, le droit de successibilité inhérent à cette qualité. En France, au contraire, l'article 350 refuse formellement à l'adopté le droit de succéder aux parents de l'adoptant. Sans doute, on pourrait objecter que celui qui adopte un enfant entend s'attacher, comme descendance civile, la postérité de l'adopté. Mais il est certain que le Code ne reconnaît pas de lien de parenté entre l'adoptant et les enfants du fils adoptif, puisqu'il ne leur impose point l'obligation réciproque de se fournir des aliments (349). Quant à l'empêchement au mariage consacré par l'article 348 entre l'adoptant et les enfants de l'adopté, il est uniquement fondé sur des considérations de morale et d'honnêteté publique : ce qui le prouve, c'est que la prohibition est édictée entre l'adopté et certains parents de l'adoptant bien qu'il n'existe entre eux aucun

lien de parenté. Il est vrai que, d'après l'article 351, la postérité de l'adopté forme, comme l'adopté lui-même, obstacle au droit de succession anormale établi en faveur de l'ascendant donateur et de ses descendants. Mais cela se comprend; autre chose est, en effet, pour les enfants de l'adopté recueillir dans la succession de ce dernier des biens qui lui appartenaient déjà, ce qui n'établit aucune relation juridique entre eux et l'adoptant, autre chose est avoir vocation à la succession de l'adoptant lui-même. On ne saurait plus sérieusement induire la parenté de cette considération que les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant; car l'adopté, lui aussi, porte le nom du père de son père adoptif et cependant la loi ne reconnaît entre eux aucune relation de parenté. Si donc les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant, c'est parce qu'il est de principe que les enfants portent le nom de leur père. Enfin les règles de la représentation sont inadmissibles dans notre hypothèse. La représentation est à la vérité, d'après l'article 737, une fiction de la loi dont l'effet est de faire avoir aux représentants les droits du représenté. Mais la représentation, comme l'observait Lebrun, ne prend pas moins son fondement dans la nature, et l'on ne peut recueillir, en vertu de cette institution, que l'hérédité à laquelle on eût été appelé soi-même, *proprio jure*, en l'absence d'héritiers plus proches. Aussi l'article 350 est-il muet à l'égard des descendants de l'adopté, ce qui a fait dire à Locré (*Observat. du Tribunat, sur le titre de l'adopt.*, t. VI) que « les effets de l'adoption ne doivent pas s'étendre au » delà du père adoptant et du fils adopté », et telle est également notre conclusion, bien que la jurisprudence soit contraire.

C'est une question non moins délicate que de savoir si l'enfant naturel reconnu a droit à une réserve. « Les jurisconsultes qui ont écrit, depuis le Code civil, sur cette importante question, disait déjà Grenier (*Traité des Donations*,

» t. II), ne sont pas, à beaucoup près, unanimes dans leurs
» décisions. Les uns sont d'avis qu'il faut distinguer le cas
» de la disposition testamentaire de celui de la donation
» entre-vifs. Ils accordent à l'enfant naturel l'exercice du
» droit de réserve dans le premier cas, et ils le lui refusent
» dans le second. L'opinion de certains est que l'exercice
» du droit de réserve appartient à l'enfant naturel dans
» ces deux cas. Enfin, d'autres sont d'avis que ce droit ne
» doit avoir lieu ni à l'égard de la disposition testamentaire
» ni par rapport à la donation entre-vifs. Ce n'est pas tout :
» les jurisconsultes même, qui admettent en faveur de
» l'enfant naturel le droit de réserve, ne sont pas d'accord
» sur le mode de l'exercer. » C'est que, en effet, ici l'inter-
prète se trouve en présence d'une nouvelle lacune législative.
Aussi semble-t-il fort plausible de raisonner ainsi : aucun
texte à notre titre n'attribue une réserve à l'enfant naturel.
Or, il va de soi que, dans le silence de la loi, l'on ne
saurait raisonnablement apporter au droit de disposition,
une restriction aussi considérable, contraire d'ailleurs à
l'intérêt des enfants légitimes, à l'honneur du mariage et
au repos des familles.

Nous savons bien, sans doute, qu'il en est de même des
enfants légitimes et des enfants adoptifs. Le Code ne leur
accorde formellement aucun droit à une portion indispo-
nible, l'article 913 se référant uniquement aux descendants
légitimes, et pourtant nous avons décidé qu'ils étaient au
nombre des réservataires. Mais c'est que, en réalité, les
articles 333 et 350, en leur reconnaissant les mêmes droits
qu'aux enfants légitimes, dispensaient le législateur de leur
assigner spécialement une réserve !

Nous n'ignorons pas également que, en dépit du silence
des textes, l'enfant naturel a droit à des aliments. Mais c'est
que la dette alimentaire est de droit naturel : il faudrait,
dit avec raison M. Dalloz, une loi positive pour la détruire
tandis que, au contraire, la réserve tendant à restreindre

un droit naturel, il faut une loi positive pour l'instituer.

Comment présumer d'ailleurs qu'il soit dans l'esprit de la loi moderne d'accorder plus de faveur aux enfants naturels qu'aux frères et sœurs, qu'il place sur la même ligne, au titre des successions *ab intestat*? Comment supposer surtout que si le législateur avait réellement entendu accorder quelque réserve aux enfants naturels, il aurait négligé d'en fixer l'étendue, d'en déterminer les effets, et d'en régler l'exercice, comme il l'a fait à l'égard des enfants légitimes?

Enfin ce qui semble écarter tous les doutes, c'est que tel était le sentiment de Jaubert, lors de la discussion du projet. « Les enfants naturels, s'écriait-il, dans son rapport » au Tribunal, séance du 9 floréal an XI, ne pourraient-ils » donc pas aussi réclamer la réduction des donations entre- » vifs? — Jamais. — La loi établit la réserve pour les » enfants légitimes; *qui de uno dicit, de altero negat*. — A la » vérité, le titre des successions veut que le droit de l'enfant » naturel sur les biens de ses pères et mères décédés soit » d'une quote qui varie suivant la qualité des héritiers » présomptifs. Mais ce droit ne se rapporte qu'à la » succession. Les enfants naturels ne peuvent donc » l'exercer que sur la succession telle qu'elle est. Or les » biens donnés ne sont pas de la succession »

Hâtons-nous d'avouer cependant que cette opinion, primitivement enseignée par Chabot (*Successions*, t. II) et préconisée, de nos jours encore, par M. Laurent, n'a pu prévaloir et que la grande majorité des auteurs, d'accord en cela avec la jurisprudence, compte les enfants naturels parmi les réservataires. Voici les raisons à l'appui : 1° la loi accorde à l'enfant naturel reconnu une fraction des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime (757-758). Or s'il eût été légitime, il aurait pu faire réduire les libéralités excessives du *de cujus* : il aurait eu droit à une réserve.... Donc en sa qualité d'enfant naturel il doit pouvoir prendre

une fraction de la part qui lui serait revenue en sa qualité de réservataire s'il eût été légitime; 2° on peut ajouter, que si le Code, dans l'article 761, prescrit au père qui veut écarter de sa succession son enfant naturel de lui donner au moins la moitié de sa portion *ab intestat*, ce doit être, sans doute, parce que dans sa pensée, un père n'est pas libre de dépouiller complètement son enfant; 3° on doit observer, en outre, que si la loi avait voulu admettre le système contraire, elle aurait dû, pour le cas où il ne resterait rien à l'enfant naturel, lui reconnaître du moins une créance alimentaire, comme elle l'a fait pour les enfants adultérins ou incestueux (762, 763, 764)... Donc, la loi étant muette à cet égard, il faut conclure que l'enfant naturel a une réserve; 4° enfin, on ne saurait objecter raisonnablement que, si l'article 757 accorde à l'enfant naturel une fraction des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime, c'est seulement sur les biens que le *de cujus* a laissés dans sa succession, abstraction faite de ceux dont il a disposé par donation ou par testament. Tel n'est point, en effet, l'esprit de la loi, attendu que, si l'on suivait une semblable opinion, il faudrait logiquement en déduire cette conséquence inadmissible que l'enfant naturel n'a pas le droit de réclamer des aliments à son père ou à sa mère vivants.

Observons, d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait pour l'adopté, que l'enfant naturel peut exercer sa réserve non-seulement sur les biens dont son père a disposé d'après sa reconnaissance, mais encore sur ceux qu'il a aliénés antérieurement. Toute donation renferme, en effet, cette condition résolutoire tacite qu'elle n'entamera pas la réserve des enfants quels qu'ils soient que le donateur laissera à son décès. (*Sic*, Aubry et Rau, *op. cit.*; Demolombe, *op. cit.*; nos 165 et 166).

Quant aux enfants adultérins ou incestueux, n'ayant aucun droit de successibilité sur les biens de leurs père et

mère, ils n'ont point, en conséquence, de réserve (articles 764, 756, 757). La loi ne leur accorde sur la succession de leur auteur qu'une créance alimentaire.

§ 2

Quotité de la réserve des enfants.

Le projet de Code civil fixait invariablement la réserve aux trois quarts et le disponible au quart des biens : il fut généralement approuvé par les tribunaux d'appel ; cependant il y eut des divergences. C'est ainsi que le tribunal de Rennes (Fenet, t. V, p. 383) réclamait le maintien de la loi de germinal, tandis que, d'un autre côté, les tribunaux de Paris, Lyon, Limoges émettaient (Fenet, t. IV, p. 24156 ; t. V, p. 256) le vœu que la réserve fût fixée à la moitié, en conformité de l'article 298 de la coutume réformée de Paris, sous l'influence de cette idée que, « en » tranchant le différend par la moitié, elle (la coutume de » Paris) avait suivi la manière la plus juste de décider entre » des prétentions qui se balancent. » Lors de la discussion au Conseil d'Etat ces diverses opinions furent reproduites. Tronchet (Fenet, XII, 303-304), à l'exemple du législateur de germinal, estimait que « c'était accorder aux pères tout » ce que la raison et le vœu de la nature pouvaient tolérer, » que de leur permettre d'assimiler un étranger à leurs » propres enfants, et de donner à un enfant une part double » de celle qui resterait à chacun des autres. » Il faisait ressortir les inconvénients de la fixation de la coutume de Paris qui, s'il y avait pour le moins deux enfants, permettait de donner à un étranger une valeur pour le moins deux fois aussi forte que la part héréditaire des enfants. — Bigot-Préameneu jugeait, au contraire, que, sous l'empire d'une loi semblable à celle de l'an VIII, il serait impossible au père de réparer suffisamment « les inégalités naturelles ou » accidentelles entre les enfants (Fenet, XII, p. 300). »

Dans le même sens, Jollivet (*Ibid.*, p. 317) repoussait « la » graduation qui aurait l'inconvénient de donner au père » intérêt à n'avoir qu'un petit nombre d'enfants; » Et Maleville proposait (*Ibid.*, p. 256) le chiffre de la coutume de Paris, « de peur de diminuer le moyen pour les pères » de contenir les enfants... »

Enfin le premier Consul, adoptant un système éclectique, conseillait d'admettre un disponible de moitié dans les fortunes inférieures à 100,000 fr., et d'une part d'enfant dans les fortunes supérieures. Mais cette doctrine blessait les nouveaux principes constitutionnels, par cela même que la loi qu'elle présentait n'eût point été la même pour tous les citoyens. Aussi ne trouva-t-elle point de partisans au Conseil d'Etat, qui finit, toutefois, sur la proposition de Cambacérès, par transiger, en décidant que la quotité disponible serait d'une part d'enfant, s'il n'y avait pas plus de trois enfants, et d'un quart, s'il y en avait davantage. Tel est le système qu'a consacré l'article 913 du Code civil, « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testa- » ments, porte cet article, ne pourront excéder la moitié des » biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant » légitime; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en » laisse trois ou un plus grand nombre. » Et l'article 914 ajoute : « Sont compris dans l'article précédent, sous le » nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce » soit; néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant » qu'ils représentent dans la succession du disposant. »

M. Héan (*Revue pratique*, 1866), reproduisant, à ce sujet, la doctrine depuis longtemps abandonnée de Levasseur, (*portion disponible*), s'autorise des derniers mots de l'article 914, pour enseigner que, dans le cas où les petits-enfants issus d'un enfant prédécédé, viennent tous, de leur chef, à la succession de leur aïeul, ils doivent être, pour le calcul de la quotité disponible, traités comme des enfants du premier degré. Mais, disait déjà Toullier (t. V, p. 114,

instit.), ce système est inadmissible : « L'article 740 porte » que la représentation est admise dans tous les cas, soit » que les enfants du défunt concourent avec les descendants » d'un enfant prédécédé, soit que tous les enfants du » défunt étant morts avant lui, les descendants desdits » enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou » inégaux. D'ailleurs la quotité disponible du père de fa- » mille ne peut dépendre du prédécès de son enfant. » On ne peut raisonnablement supposer, en effet, que le législateur de 1804 ait voulu imposer au *de cujus* des obligations plus fortes à l'égard des descendants qui le touchent de moins près qu'envers l'enfant même auquel il a donné le jour.

La controverse a été plus vive relativement à la quotité de la réserve de l'enfant naturel, et les systèmes les plus singuliers furent soutenus dans les premières années de la rédaction du Code. Il fut soutenu notamment, devant la Cour de Toulouse, que le droit de succession accordé à l'enfant naturel par les articles 757 et 758, ne pouvait être réduit par les libéralités des pères et mères. Evidemment ce système qui accordait à l'enfant naturel un droit plus étendu qu'à l'enfant légitime était inadmissible. Aussi fut-il rejeté à la date du 24 mai 1806.

A l'inverse, Chabot (*oper. citat.*) enseignait que l'enfant naturel ne devait pas être rangé au nombre des réservataires. Il invoquait en ce sens le texte des articles 913 et suivants, qui, quand ils parlent d'enfants appelés à la réserve, ne nomment très explicitement que les enfants légitimes. Il s'appuyait, en outre, sur l'opinion émise par le tribun Jaubert, au Conseil d'Etat. Cette doctrine a été depuis longtemps abandonnée.

Un troisième système fut exposé, et celui-là encore, devant la Cour de Toulouse. Il consistait à prétendre que la réserve de l'enfant naturel devait être invariablement de la moitié de leur droit héréditaire, tel qu'il se trouve dé-

terminé par les articles 757 et 758. Mais cette opinion était erronée. C'est, en effet, de la succession tout entière et non de la réserve que la portion fixée par l'article 761 est destinée à tenir la place. On n'est donc point autorisé à affirmer, comme le remarqua la Cour de Toulouse, que la quotité de la portion indisponible doit être la même que celle de l'article 761.

Enfin, un quatrième système fut accueilli par la Cour de Pau, dans un arrêt dont voici l'espèce :

Le 29 floréal an II, Léon Picot reconnut Jean-Baptiste pour son fils naturel. En l'an II, il fit un testament par lequel il institua pour son héritier universel, Jean-Pierre-Léon, son fils légitime. Il déclara dans ce testament qu'il entendait que son fils naturel n'eût dans sa succession que le minimum possible fixé par la loi. Le testateur décéda le 14 thermidor an XI. L'enfant naturel réclama alors le sixième de la succession. « Si j'étais légitime, » disait-il, j'aurais moitié ; l'article 757 du Code civil me » donne le tiers d'une portion d'enfant légitime. J'ai donc » droit au tiers de la moitié, c'est-à-dire au sixième de la » totalité, » L'enfant légitime soutenait, de son côté, que l'enfant naturel devait être réduit à un douzième, et il raisonnait ainsi : « Supposons que je doive à l'enfant » naturel, aux termes de l'article 757 du Code, la moitié de » la portion héréditaire qu'il aurait, s'il était légitime, il » resterait à déterminer ce que c'est que la portion héredi- » taire. L'article 913 qui fixe la quotité disponible, autorise » un père qui n'a qu'un enfant légitime à disposer de la » moitié de son bien. Or cet article ne dit pas que cette dis- » position soit diminuée, en cas d'existence, d'un ou de plu- » sieurs enfants naturels. Notre père pouvait donc disposer » de la moitié de ses biens, et puisqu'il a disposé, en effet, » de tout ce qu'il pouvait donner, la conséquence en est que » la succession de notre père se trouve composée seulement » de la moitié indisponible. Or, sur cette moitié, si l'enfant

» naturel était légitime, il lui serait dû une moitié, c'est-
» à-dire que la partie héréditaire à lui attribuée, serait d'un
» quart du tout; mais, comme l'article 757 ne lui accorde
» qu'un tiers de ce quart, il est réduit à un douzième. »

La Cour de Pau jugea conformément à ce dernier système, mais, par arrêt du 26 mai 1809, rendu sur les conclusions du procureur général Merlin, la Cour régulatrice cassa l'arrêt de la Cour de Pau, en s'inspirant du véritable esprit de la loi. Il était ainsi conçu : « Vu, dit-elle, les articles 757 et 913 du Code civil, et attendu que, par les dispositions combinées de ces deux articles, le législateur en circonscrivant dans de justes limites les droits de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère, a voulu leur donner en même temps une base assurée et qui fût indépendante de tout arbitraire; une base de laquelle il pût résulter, dans tous les cas, une valeur proportionnelle à la quotité disponible ou indisponible des biens délaissés par les père et mère de l'enfant naturel, de manière que si, d'un côté, toute prétention exagérée était désormais condamnée au silence, il ne fût pas permis, d'un autre côté, de méconnaître la juste mesure des obligations naturelles qu'impose la paternité; que ces principes sont consacrés de la manière la plus expresse, par la règle tracée par l'article 755; que, pour exécuter cette disposition, dans l'intérêt de l'enfant naturel, il faut l'admettre momentanément au nombre des enfants légitimes, et le faire concourir figurativement avec eux, de manière que s'il n'existe qu'un enfant légitime, il doit être procédé comme s'il y en avait deux, etc..... que, par suite, dans l'espèce, le droit de l'enfant naturel s'élève à un neuvième de la succession..... Casse. »

D'après la doctrine qui inspira cette décision mémorable, il faut donc attribuer à l'enfant naturel le tiers, la moitié ou les trois quarts de la réserve qu'il aurait s'il était légitime, suivant qu'il subit le concours d'enfants légi-

times, d'ascendants ou de frères et sœurs, ou enfin de collatéraux ordinaires. (757 et 758, C. avec 913.) Tel est, en effet, le système le plus juridique et dont, par suite, il est utile de présenter les divers cas d'application. Pour nous rendre un compte exact de la matière, nous supposons successivement l'enfant naturel en présence : 1° d'enfants légitimes; 2° d'ascendants dans les deux lignes ou de frères ou sœurs; 3° d'ascendants dans une ligne et de collatéraux non privilégiés dans l'autre; 4° de collatéraux ordinaires seulement.

a. — Si l'enfant naturel est en concours avec un enfant légitime, sa réserve s'élèvera au tiers du tiers, c'est-à-dire au neuvième. S'il est en présence de deux enfants légitimes, il aura pour réserve le tiers du quart, c'est-à-dire le douzième. Enfin, s'il concourt avec trois enfants légitimes ou un plus grand nombre, il aura invariablement le tiers de la portion indisponible qui lui serait revenue sur les trois quarts formant la réserve. Et comme dans l'hypothèse de quatre, cinq, six enfants légitimes, chacun d'eux prend le quart, le cinquième, le sixième des trois quarts réservés, soit trois seizièmes, trois vingtièmes ou trois vingt-quatrièmes, l'enfant naturel en concours avec trois, quatre, cinq enfants légitimes aura, selon le cas, un seizième, un vingtième, un vingt-quatrième. D'où le principe que l'enfant naturel, en présence de plus de deux enfants légitimes, a pour réserve le tiers de la masse indisponible qui s'élève aux trois quarts, soit un quart, divisé par le nombre des enfants, lui compris. Par application des règles suivies en matière de représentation, il en serait de même au cas de concours de l'enfant naturel avec des petits-enfants issus d'enfants légitimes prédécédés. Mais la réserve de l'enfant naturel serait différente au cas de concours avec des petits-enfants issus d'enfants légitimes renonçants ou indignes et venant par suite de leur chef. En effet, si l'enfant naturel eût été légitime, il serait venu seul à la succession; il

aurait donc eu droit à une réserve de moitié. Donc il aura droit au tiers de cette moitié, et prendra un sixième.

b. — Dans le deuxième cas, la réserve de l'enfant naturel sera du quart. Le Code, en effet, lui accorde, dans l'espèce, la moitié de ce qu'il aurait eu, s'il eût été légitime. Or, en cette dernière qualité, il aurait pris une moitié pour sa réserve.

c. — Dans la troisième hypothèse, deux systèmes sont en présence. D'après certains auteurs la succession dévolue à des ascendants et à des collatéraux se divisant en fractions égales (733) on peut dire, dans l'espèce, qu'il y a deux successions dévolues, l'une aux ascendants, l'autre aux collatéraux, et que, par suite, chacune d'elles relativement à l'enfant naturel doit être fixée suivant les règles qui lui sont propres. D'où le droit, pour ce dernier, d'une part, de prendre *ab intestat* la moitié aux ascendants, et les trois quarts aux collatéraux; d'autre part, de recueillir à titre de réservataire le quart ou les deux huitièmes dans le premier cas, et les trois huitièmes dans le second, c'est-à-dire en tout les cinq huitièmes de la succession. D'autres pensent, au contraire, que l'enfant naturel ne prend, dans l'espèce, à titre de successeur *ab intestat* que la moitié de la succession considérée, *in globo*. La division de l'hérédité entre les deux lignes, disent-ils, est étrangère à l'enfant naturel. Dans ce système, les collatéraux de la ligne où il n'y a pas d'ascendants profitent de l'existence des ascendants de l'autre ligne pour obtenir contre l'enfant naturel une portion plus avantageuse que celle qui leur eût été dévolue, *proprio jure*.

d. — Si nous supposons maintenant l'enfant naturel en concours avec des collatéraux ordinaires dans les deux lignes, il aura une réserve égale aux trois quarts de celle qu'aurait un enfant légitime, soit trois huitièmes.

e. — Même décision dans le cas où il n'y aurait de collatéraux que dans une ligne. — Dans l'espèce, en effet, la ligne

qui compte des parents ~~est~~ appelée à toute la succession *jure non decrescendi* : il n'y a donc point deux successions ; il n'y a en a qu'une sur laquelle, par suite, la réserve de l'enfant naturel ne porte que pour les trois huitièmes.

f. — Enfin si les successibles en concours avec l'enfant naturel se trouvent exclus par un légataire universel, il faut lui reconnaître les droits d'un enfant légitime, c'est-à-dire une réserve de moitié (Richefort, *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles et des successions irrégulières*, t. III, n° 401), car il ne faut pas oublier que, si la loi réduit les droits des enfants naturels, dans le chapitre des successions, c'est uniquement dans l'intérêt des enfants issus du mariage. Il est vrai que cette manière de voir est repoussée par Troplong (*oper. cit.*, n° 775), qui, conformément à Merlin (*Répertoire*, v° *réserve*) et à Toullier (*oper. cit.*, IV, n° 266), n'assigne, dans l'espèce, à l'enfant naturel que la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, par ce motif qu'en instituant un légataire universel, le testateur lui a transmis tout ce qu'auraient recueilli les frères et sœurs. Nous répliquons que cette considération est inexacte. Sans cela, il faudrait dire que, dans le cas de renonciation ou d'indignité des successibles en ligne directe en concours avec un légataire universel, celui-ci, étant appelé à prendre la place des réservataires, doit également pouvoir prétendre à une portion indisponible. Or c'est assurément ce que n'eût point admis Troplong. Vainement donc l'illustre jurisconsulte objecte que « il suffit que la famille existe pour que la décence mette » une entrave à des libéralités dont l'excès est une atteinte » pour son honneur. » Il reste vrai que, au point de vue pécuniaire, il importe peu aux frères et sœurs que le légataire universel recueille plus ou moins ; de sorte que nous persistons dans notre point de vue.

A plus forte raison refusons-nous de décider avec Troplong (*oper. cit.*, n° 776), que, dans l'hypothèse du

prédécess de tous les frères et sœurs, l'enfant naturel appelé en concours avec leurs descendants, aura droit aux trois quarts de l'hérédité, sous prétexte que « la représentation » n'est pas admise, en cette matière, qui est tout exceptionnelle et irrégulière. » Il n'est pas douteux, en effet, qu'il n'y a d'irrégulier ici que la succession des bâtards, et que la succession légitime, en conséquence, reste soumise aux règles ordinaires. Nous n'admettons même pas, avec M. Richefort (*oper. cit.*, n° 370), que la stricte interprétation des derniers mots de l'article 757 : « lorsque les père ou » mère ne laissent ni descendants ni ascendants ni frères » ou sœurs... » justifie suffisamment l'opinion de l'ancien président. Il est de règle, en effet, dans notre loi successorale, que les descendants de frères ou sœurs peuvent invoquer, le cas échéant, les droits de leurs auteurs contre des parents légitimes. Or, le bon sens nous oblige à décider qu'il en doit être à *fortiori* de même dans le cas de concours des descendants des frères et sœurs avec des parents naturels.

Au surplus, nous pensons, contrairement à M. Demante (t. III, n° 80, Sic, Fretel, *Inviolabilité de la réserve légale*), que la réserve de l'enfant naturel, telle que nous venons de la déterminer, ne pourrait être réduite à la moitié, en vertu d'une donation entre-vifs faite conformément à l'article 761. « La » réserve, remarquent judicieusement MM. Aubry et Rau » (*oper. cit.*, t. VII, § 686), emporte, de sa nature, l'idée » d'un droit qui n'est pas susceptible de réduction au » préjudice de celui auquel il est dû. Vainement objecterait-on que l'enfant naturel, puisant son droit à une réserve » dans les articles 757 et 758, la modification que l'art. 761 » apporte à ces articles auxquels il se réfère, doit s'appliquer » tout aussi bien à la réserve de l'enfant naturel qu'à ses » droits successifs *ab intestat*; en effet, si les articles 757 et » 758 fournissent un argument puissant en faveur du principe de la réserve de l'enfant naturel et donnent le moyen

» d'en déterminer le montant, il n'en est pas moins vrai
» qu'ils n'ont eu directement pour objet que les droits
» successifs *ab intestat* et que c'est à ces droits seuls que
» s'appliquent les expressions de l'article 761 : la moitié de
» ce qui leur est attribué par les articles précédents. »

Mais nous voici en présence d'une des plus graves difficultés de la matière. De quelle manière et par qui doit être fournie la réserve des enfants naturels quand ils se trouvent en concours, non-seulement avec des héritiers à réserve mais encore avec des donataires et des légataires? Doit-elle porter uniquement sur la réserve? Ne doit-elle porter, au contraire, que sur le disponible? Enfin, doit-elle se prélever à la fois et sur le disponible et sur la réserve?

Aux termes de l'article 913 du Code civil, la quotité disponible, pour le cas où il y a moins de quatre enfants, ne dépasse jamais une part virile. Il en résulte que l'existence d'un second ou d'un troisième enfant légitime a pour résultat de restreindre cumulativement et dans les mêmes proportions et la réserve et la quotité disponible. Or, nous savons que la réserve de l'enfant naturel ne diffère de celle des enfants légitimes que par la quotité. Donc, la présence d'un premier ou d'un second enfant naturel, en concours avec un enfant légitime et des donataires ou légataires, aura pour conséquence, quoique dans une plus faible mesure, d'entamer à la fois et proportionnellement le disponible et la réserve.

Ce résultat incontestable a cependant été contesté. C'est ainsi que M. Richefort (*op. cit.*, n° 392), supposant le concours d'un enfant légitime, d'un enfant naturel et d'un légataire universel sur une succession de 48,000 fr., n'attribue le bénéfice de la réduction subie par l'enfant naturel, qu'à l'enfant légitime. « Pourquoi, dit ce magistrat, la Cour de Cassation, dans l'affaire Picot (28 juillet, 1809), a-t-elle décidé que l'enfant naturel reconnu devait compter numériquement au nombre des héritiers? N'est-ce

» pas pour fixer la réserve légale de l'enfant légitime? Oui,
» sans doute, mais cette réserve ne peut être fixée qu'en
» déterminant la quotité disponible. Or, dans l'espèce, cette
» quotité ne peut excéder le tiers s'élevant à 16,000 fr. Ce
» n'est donc que cette valeur de 16,000 fr. qui peut être
» attribuée au légataire, et tout le surplus, distraction faite
» des 5,333 fr. 33 c., formant la portion de l'enfant naturel,
» doit composer la réserve légale de l'enfant légitime, de
» sorte que celle de l'enfant naturel sera du neuvième. »

Ainsi donc, suivant M. Richefort, le concours de l'enfant naturel, au lieu de réduire la part de réserve de l'enfant légitime, serait, pour elle, la source d'une élévation de 2,666 fr. 67 c.! Ainsi donc, la fixation de la quotité disponible ne varierait pas, d'après ce magistrat, selon la qualité des enfants, et, par suite, n'augmenterait pas, lorsque le réservataire est un enfant naturel! Assurément, il suffit d'énoncer ce système pour en reconnaître l'inadmissibilité. Cette théorie, en effet, n'a nul souci de la quotité disponible, c'est-à-dire du droit de propriété. Or, le législateur moderne n'a certainement pas voulu, tout en consacrant le droit des enfants à une certaine portion des biens du père, sacrifier, d'une manière absolue, à leur profit, le droit également naturel de disposition de leur auteur, de sorte que l'interprète ne saurait, sans méconnaître l'esprit de la loi, vouloir restreindre, de quelque façon que ce soit, la quotité disponible. Et voilà pourquoi le véritable système est, suivant l'opinion commune, celui-ci : La loi exigeant qu'en cette matière l'enfant naturel soit considéré fictivement comme s'il était légitime, il résulte que sa réserve doit nuire à ceux-là seuls auxquels elle aurait nu dans une plus forte mesure s'il eût été légitime (Démolombe, *op. cit.*, n° 173 et suiv.; Laurent, *op. cit.*, n° 50 et suiv.) D'où la conséquence que, dans l'espèce de M. Richefort, on doit donner à l'enfant naturel le tiers de la réserve qu'il aurait eue s'il eût été légitime, soit 5,333 fr. 33 c., et

partager le reste entre l'enfant légitime et le légataire universel.

C'est dire, évidemment, que le système connu sous le nom de *système de répartition*, parce que, suivant son auteur, « son effet est de diminuer les parts proportionnellement à chacune d'elles et, par conséquent, de conserver » le rapport qu'elles avaient entre elles, » est également abandonné par la grande majorité des jurisconsultes. D'après M. Gros (*Revue de Droit français et étranger*, t. I, année 1844, p. 598 et suiv.), le moyen qui conduit à résoudre la difficulté du concours d'enfants naturels avec des héritiers à réserve et des donataires ou légataires étrangers, est celui-ci : « On établit d'abord ce que doit avoir l'enfant » naturel ; on calcule aussi ce qui, d'après les termes de la » loi, revient aux héritiers ; puis, si ces parts excèdent la » succession totale, on les réduit proportionnellement, de » manière qu'elles forment un montant égal à l'hérédité » qui doit être partagée. » Si donc nous supposons, continue cet auteur, un enfant légitime, un légataire universel et un enfant naturel, il faut « distribuer la succession proportionnellement aux droits de chacun. S'il n'y avait point » d'enfant naturel, l'enfant légitime et le légataire universel » auraient des parts égales, c'est-à-dire chacun la moitié » de la succession. S'il n'y avait point de légataire » universel, l'enfant légitime aurait cinq sixièmes..... » et l'enfant naturel un sixième ; le premier aurait cinq fois » plus que le second. Quand on se trouve en présence » du concours de l'enfant légitime, de l'enfant naturel et » du légataire universel, il n'y a rien de mieux à faire que » de conserver entre les parts le rapport qui est établi » pour le cas où l'enfant naturel et le légataire universel » viennent chacun seul avec l'enfant légitime. Ainsi, » il faudra que, dans le partage définitif, le légataire universel ait une portion égale à celle de l'enfant légitime, et » que celle de l'enfant naturel soit seulement un cinquième

» de chacune des deux autres... L'enfant naturel prenant
» une partie désignée par *un*, celle de l'enfant légitime sera
» exprimée par *cinq*, et la quotité disponible que prend
» le légataire universel le sera aussi par *cinq*; en somme, la
» succession se divisera en onzièmes. »

On le voit, cette doctrine est inexacte. Car, comment serait-on fondé à maintenir un rapport invariable, soit entre la réserve de l'enfant légitime et celle du bâtard, soit entre la réserve de l'enfant naturel et la quotité disponible? Ne sait-on pas que le rapport existant entre la portion indisponible de l'enfant légitime et la réserve de l'enfant naturel est rompue par le concours d'un second enfant légitime? Il en doit donc être de même au cas du concours d'un légataire universel qui a les mêmes droits qu'un enfant légitime. Pourquoi, d'un autre côté, dans le cas de concours d'un enfant naturel avec un légataire universel et un enfant légitime, n'attribuer au bâtard qu'un onzième, alors que le Code civil lui confère explicitement un neuvième?

Tandis que MM. Gros et Richefort s'efforcent, à des points de vues différents, il est vrai, de combattre notre solution, certains auteurs invoquent, à l'appui du système que nous avons déjà signalé comme étant le seul qui soit juridique, des motifs que nous croyons devoir réfuter brièvement. Il faut, a-t-on dit, partir de ce principe que la réserve de l'enfant naturel est une charge de l'hérédité, et on arrive ensuite à cette formule générale : « fixer d'abord la réserve » des enfants naturels par la combinaison des articles 757 » et 913; prélever le montant de cette réserve sur la masse » des biens, puis calculer sur le reste la réserve des descen- » dants ou des ascendants légitimes et la quotité disponible, » d'après les règles ordinaires. » Ce point de vue est erroné. Car si l'assimilation de la réserve des enfants naturels à une charge héréditaire était fondée, la formule que nous venons de présenter devrait être applicable lorsque les enfants naturels se trouvent en concours avec

trois enfants légitimes ou un plus grand nombre. Et tel est, en effet, le résultat qu'admet logiquement Belost Jolimont sur Chabot (Observat. VII sur le texte de l'article 756) faisant supporter ainsi aux donataires et légataires le quart de la réserve de l'enfant naturel. Or cette solution est on ne peut plus contraire aux principes fondamentaux de cette matière où il est de règle, au contraire, que le minimum de la quotité disponible ne peut être inférieur au quart et par suite doit rester invariable dans l'espèce. Force est donc, pour nous, de rejeter l'opinion d'après laquelle le droit de réserve de l'enfant naturel est une simple créance. Comment, d'ailleurs, comprendre une créance qui donnerait un *jus in re*. « Autant vaudrait parler d'un carré rond, » s'écrie M. Laurent. « Une créance! dit encore M. Demolombe » (*oper. citat.*), mais ce mot est à lui seul exclusif de » tout droit de réserve, et voilà bien pourquoi les enfants » adultérins ou incestueux n'ont pas de réserve; c'est » qu'ils n'ont qu'une simple créance! » On a beau dire que » le droit de l'enfant naturel est une charge *sui generis* » (Rodière, *Journal du Palais*, 1856, t. II, p. 126); que sa » réserve est d'une espèce particulière..., que c'est une » réserve de bâtardise (Troplong, n^{os} 773, 777), il n'y a pas, » dans notre Code, deux sortes de réserves, il n'y en a » qu'une seule, et la réserve c'est toujours, nécessairement, » une portion héréditaire indisponible. » Il nous reste à présenter quelques applications de notre système.

I. *Concours d'un enfant naturel avec des enfants légitimes et un légataire universel.* — a. — S'il n'y a pas plus de deux enfants légitimes, nous déciderons, de même que dans l'espèce précitée de M. Richefort, que la réserve et la quotité disponible subiront proportionnellement une réduction, par suite de la présence de l'enfant naturel.

b. — S'il y a, au moins, trois enfants légitimes, la solution est différente : les réservataires seuls souffriront du concours de l'enfant né hors mariage. Sous l'empire de notre

droit moderne, en effet, le disponible ne saurait descendre au-dessous du quart, même en présence d'enfants légitimes. *A fortiori* donc, l'existence d'un enfant naturel n'est pas susceptible de porter atteinte au droit de disposition.

II. *Concours de plusieurs enfants naturels avec un enfant légitime et un légataire universel.* — Appliqués au cas de plusieurs enfants naturels, nos principes conduisent aux résultats suivants : la réserve de deux enfants naturels, égale pour chacun d'eux à un douzième, réduira la réserve de l'enfant légitime et la quotité disponible, chacune de la moitié aux cinq douzièmes.

La réserve de trois enfants naturels, égale pour chacun d'eux à un seizième, ou si l'on aime mieux à trois quarante-huitièmes, ne diminuera en rien le disponible qui s'élèvera, comme dans le cas précédent, à cinq douzièmes ou à vingt quarante-huitièmes...; la réserve de l'enfant légitime sera donc seule entamée et sera des dix-neuf quarante-huitièmes au lieu de rester fixées aux vingt quarante-huitièmes.

III. *Concours de plusieurs enfants naturels avec plusieurs enfants légitimes et un légataire universel.* — Dans le cas où le défunt a laissé deux enfants légitimes et un enfant naturel, ce dernier ayant pour réserve un douzième ou trois trente-sixièmes, réduit la réserve des deux enfants légitimes des deux tiers (vingt-quatre trente-sixièmes) aux vingt-deux trente-sixièmes, et le disponible, du tiers (douze trente-sixièmes, aux onze trente-sixièmes. Eh bien ! si nous supposons successivement deux, trois, quatre enfants naturels en concours avec deux enfants légitimes, la quotité disponible resterait invariablement fixée aux onze trente-sixièmes, et la réserve des enfants légitimes subirait seule une réduction et descendrait des deux tiers aux quarante-un soixante-douzièmes, aux quarante-neuf quatre-vingt-dixièmes ou aux dix-neuf trente-sixièmes.

IV. *Concours d'un enfant naturel avec des ascendants.* —

a. — S'il y a des ascendants dans les deux lignes, la réserve de l'enfant naturel sera prise exclusivement sur celle des ascendants. En effet, en présence d'un enfant légitime, les donataires ou légataires auraient eu la moitié de la succession (913) et les ascendants auraient été exclus (915). Or, l'enfant naturel n'a droit dans l'espèce qu'à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime. Donc, à *fortiori*, sa réserve ne nuira-t-elle pas au disponible, mais uniquement aux ascendants. Donc, sur une succession de 24,000 fr., les père et mère ne prendront que 3,000 fr. chacun. Le légataire aura 12,000 fr. et le reste sera dévolu à l'enfant naturel. C'est que, en effet, suivant l'observation judicieuse de MM. Aubry et Rau (*op. citat.*), « si la circonstance que le défunt, au lieu d'un enfant légitime n'a laissé qu'un enfant naturel, donne aux ascendants le droit de réclamer une réserve, ils ne peuvent cependant la faire valoir que jusqu'à concurrence de l'excédant de la réserve d'un enfant légitime sur celle d'un enfant naturel. En leur attribuant une réserve plus étendue, on se mettrait en opposition avec l'esprit de la loi. En effet, la réserve des ascendants n'est que subsidiaire ; elle disparaît complètement lorsqu'il existe un enfant légitime et, par conséquent, elle doit, au cas d'existence d'un enfant naturel, disparaître partiellement jusqu'à concurrence de la portion revenant à ce dernier, puisque sa réserve est d'une nature analogue à celle de l'enfant légitime, et n'en diffère que pour la quotité.

b. — S'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, le légataire universel prendra 15,000 fr., l'enfant naturel aura le quart ou 6,000 fr., et le père ou la mère 3,000 fr., soit un huitième. Ici, comme on le voit, la présence de l'enfant naturel nuit cumulativement et dans la même proportion au disponible qui, sans cela, aurait été de 18,000 fr., et à la réserve de l'ascendant qui se serait élevée à 6,000 fr. Cette solution est très juridique. Nous avons décidé, dans l'hypo-

thèse précédente, que la réserve de l'enfant naturel réduisait la réserve des ascendants de chaque ligne au huitième de la succession. Or, « l'absence (Aubry et Rau, *op. cit.*) d'ascendants dans une ligne ne peut modifier la position des ascendants de l'autre ligne, puisque la réserve est attribuée d'une manière distributive à chacune d'elles » ; ils ne prendront, en conséquence, dans la seconde comme dans la première hypothèse, que 3,000 fr. ; les 3,000 fr., dont leur portion se trouve réduite, seront dévolus à l'enfant naturel, et comme celui-ci a droit à 6,000 fr., il réduira de 3,000 la quotité disponible, qui, profitant de l'inexistence d'ascendants dans une ligne, doit, en retour, supporter les charges qui eussent incombé à ces derniers s'ils fussent venus à la succession.

V. *Concours de plusieurs enfants naturels avec des ascendants.*

— Suivant MM. Aubry et Rau, « le même mode d'imputation devrait être suivi lorsqu'il existe plusieurs enfants naturels. » Mais nous croyons, avec M. Demolombe, que l'application logique du principe qui sert de base à toute cette matière ne permet point de suivre le système des savants auteurs, car il aurait pour résultat de réduire la réserve des ascendants à une fraction véritablement trop faible, puisque, s'il y avait deux enfants naturels, il ne resterait aux ascendants qu'un sixième, et, s'il y en avait trois et plus encore, un huitième. Supposons donc en concours deux enfants naturels, les père et mère et un légataire universel. Veut-on savoir qui devra fournir la réserve des bâtards ? Il faut tout simplement se rappeler la règle précitée d'après laquelle la réduction intentée par l'enfant naturel doit atteindre ceux-là seuls qui eussent été tenus, dans une plus forte mesure, de les remplir de leur réserve s'ils eussent été légitimes. Cela posé, nous dirons : si les deux enfants dont s'agit avaient été légitimes, ils auraient, d'une part, écarté d'une manière absolue les ascendants ; d'autre part, ils auraient enlevé au

légataire universel les deux tiers de la succession. En un mot, ils auraient nui simultanément et à la réserve et au disponible. Donc, bien que dans une mesure plus restreinte, ils devront entamer, en leur qualité d'enfants naturels, cumulativement et proportionnellement, et le disponible et la portion réservée aux ascendants. Donc, et en premier lieu, s'il est vrai de dire que les père et mère ne seront pas totalement exclus de leur portion indisponible, comme si les ayants droit étaient légitimes, il faut convenir aussi que, au lieu de prendre 12,000 fr. (sur 24,000, total de la succession), c'est-à-dire la moitié, portion qui leur eût été dévolue, s'il n'y eût point eu d'enfants, ils ne recueilleront que 6,000 fr. D'un autre côté et en second lieu, s'il est exact de reconnaître que la présence des enfants naturels ne réduira point au tiers la quotité disponible, comme cela aurait lieu s'ils étaient légitimes, il faut avouer aussi que les bâtards ont droit à un tiers, soit 8,000 fr., de sorte que le légataire universel, au lieu d'avoir 12,000 fr., comme dans l'hypothèse précitée d'un seul enfant naturel, n'aura que 10,000 fr. M. Demolombe, qui a fait l'application de ces principes, au cas de trois enfants naturels et accorde, par suite, dans l'espèce, 9,000 fr. au légataire universel, 9,000 fr. aux enfants naturels et 6,000 fr. aux père et mère, fait remarquer que personne ne peut se plaindre, à bon droit, de cette solution : ni les père et mère, car, en présence d'enfants légitimes, ils auraient été exclu pour le tout. Il est donc logique et équitable, qu'en présence d'enfants naturels ils soient écartés pour une moitié; ni le légataire universel, car il ne saurait sérieusement prétendre, en face de trois enfants naturels et des père et mère, à une quotité aussi considérable que celle qu'il aurait eue, si le défunt n'avait laissé avec ses père et mère qu'un seul enfant naturel. Et, en effet, si, au lieu d'être naturels, ils étaient légitimes, ils enlèveraient au légataire les trois quarts de la masse héréditaire.

taire, soit 18,000 fr. Donc, en qualité d'enfants naturels, ils peuvent prétendre à la moitié desdits trois quarts, c'est-à-dire à 9,000 fr.

VI. — *Concours des enfants naturels avec des collatéraux et un légataire universel.* — Cette hypothèse ne souffre évidemment point de difficultés, car les collatéraux n'ayant point de réserve sous le Code, il est incontestable que celle de l'enfant naturel ne saurait être prise ailleurs que sur le disponible.

SECTION II

Réserve des ascendants.

§ 1

Des Ascendants réservataires.

Sous l'influence de cette idée que les droits et les devoirs sont réciproques entre les père et mère et les enfants, le Code civil reconnaît une réserve aux ascendants. « Les » mêmes motifs, disait Siméon (Fenet, XII, p. 227), qui » réservent aux enfants une portion sur le patrimoine de » leurs pères et mères, en assignent pareillement une à » ceux-ci, sur les biens de leurs enfants prédécédés sans » postérité. »

Seulement, Bigot-Préameneu (Fenet, p. 250, 527) faisait remarquer avec beaucoup de sens que « leur sort (des ascendants) dépend beaucoup moins de la part qu'ils » peuvent recueillir dans la succession de leurs enfants, que » l'état des enfants dans la société ne dépend de la part » qu'ils obtiennent dans la succession de leurs père et » mère. » Et c'est pourquoi, peut-être, à la différence des descendants auxquels un droit de réserve est attribué dans tous les cas et sans distinction de degrés, les ascendants autres que les père et mère peuvent être totalement dépouillés, dans le cas de concours avec les frères et sœurs du *de cuius*.

Au surplus, il va sans dire que la réserve organisée par l'article 915 est inapplicable à l'ascendant donateur. Établie en vue des successions ordinaires, cette disposition ne saurait raisonnablement être étendue à l'hypothèse prévue par l'article 747, succession anormale, qui n'est point susceptible de division entre les deux lignes.

Même décision pour l'adoptant sur la succession de l'adopté, car la loi ne lui reconnaît point de droits héréditaires vis-à-vis de ce dernier.

Enfin, même solution au point de vue des père et mère naturels sur la succession de l'enfant fruit et victime de leur faute.

En effet la réserve, constituant une atteinte très grave au droit de propriété, ne peut exister qu'autant qu'elle est établie par les textes mêmes de la loi. Or, il est hors de doute qu'il n'y a aucun texte en faveur de la réserve des père et mère naturels, l'article 765 ne se référant qu'à la succession *ab intestat*, et non à l'indisponibilité, et l'article 915 ne s'occupant que des ascendants légitimes. Que si l'on accorde une réserve à l'enfant naturel, bien que l'article 913 déclare positivement avoir en vue l'enfant légitime, c'est en conséquence de l'article 761, et parce que l'article 757, par la nature du droit qu'il accorde à l'enfant naturel, le fait rentrer lui-même dans la sphère d'application de l'article 913. On chercherait en vain, à l'inverse, à établir un lien quelconque entre les articles 765 et 915. Aussi ne peut-on, sans tomber dans l'arbitraire, déterminer le taux de la réserve qu'on prétend appartenir aux père et mère naturels. Bien plus, le fixer au quart des biens pour chacun d'eux, comme doit le faire la doctrine contraire, » c'est se placer en opposition directe avec le principe même » que cette doctrine invoque, celui de la réciprocité ! Car les » père et mère naturels auraient toujours une réserve égale » à celle des père et mère légitimes, tandis que l'enfant naturel, lui, n'aurait jamais qu'une réserve inférieure à celle

» de l'enfant légitime » : ce qui, en d'autres termes, serait favoriser davantage le coupable que l'innocent ! On n'objecterait point, avec plus de succès, la corrélation qui existe entre l'obligation alimentaire et la réserve, car cette corrélation est, dans certains cas, inapplicable, et, pour ne citer qu'un exemple, nous savons que les alliés en ligne directe, qui se doivent réciproquement des aliments (206, 207), n'ont cependant, à l'égard les uns des autres, aucun droit de réserve. Sans doute, il est fâcheux, suivant l'observation de M. Merville, que la loi moderne, tout en les appelant à la succession *ab intestat*, frappe les pères et mères naturels, en s'en remettant, à cet effet, à l'ingratitude de leurs enfants ; mais, dans l'état actuel de la législation, nous ne jugeons point juridique, quoi qu'en ait dit Troplong, de faire prévaloir *de simples raisons d'humanité sur les textes précis de la loi*.

Quant aux pères et mères adultérins ou incestueux, ils n'ont droit qu'à des aliments, et, par suite, ne sauraient prétendre à l'action en réduction.

Bien plus, si l'on observe que, aux termes de l'article 916, les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, on n'aura point de peine à comprendre que les ascendants légitimes eux-mêmes peuvent, suivant les cas, être exclus du bénéfice de la réserve. Et c'est ce qui a lieu, en effet, dans l'hypothèse où des ascendants autres que père et mère viennent, en concours avec des frères et sœurs ou descendants d'eux. Etant exclus de la succession par ces derniers, ils sont, par cela même, exclus de tout droit de réserve. Nous ajoutons qu'il en serait ainsi dans le cas où les ascendants ordinaires concourraient non-seulement avec des frères et sœurs ou descendants d'eux, mais avec un légataire à titre particulier ou à titre universel. C'est que, en effet, même dans cette hypothèse, les frères et sœurs ne sont pas entièrement dépouillés. En consé-

quence, la saisine leur appartient, le paiement des dettes leur incombe; en un mot, ils sont héritiers. Mais la même solution doit-elle être présentée, si l'on suppose, au lieu d'un légataire à titre particulier ou à titre universel, comme nous venons de le faire, un légataire universel en concours avec des ascendants, autres que père et mère et des collatéraux privilégiés? La question est très controversée.

Dans un premier système que soutenait déjà Delvincourt (*oper cit.*), on doit toujours reconnaître à l'ascendant la qualité de réservataire. La succession *ab intestat* s'est, en effet, dit-on, ouverte à son profit, puisque, aux termes de l'article 1006, les frères et sœurs en sont exclus par le légataire universel : vainement l'accepteraient-ils; leur acceptation serait nulle, faute d'objet.

A l'inverse, MM. Aubry et Rau enseignent que l'aïeul n'a droit à aucune réserve, soit que les frères et sœurs acceptent, soit qu'ils renoncent. A quoi renonceraient-ils, en effet? Le légataire universel les exclut! Or, d'après les dispositions de la loi, les frères et sœurs sont préférés aux ascendants autres que père et mère, de sorte que, au cas de concours, ces derniers n'ont pas de réserve. Donc, le légataire universel, attaqué par les ascendants non privilégiés, n'a qu'à invoquer cette maxime de bon sens : « Si » *vinco vincentem te, a fortiori vinco te.* »

Enfin, d'après Duranton, il faut établir la distinction suivante : les frères ou sœurs renoncent-ils? l'aïeul est héritier, et, par conséquent, réservataire. Acceptent-ils? l'aïeul n'est pas héritier, et, par suite, ne saurait réclamer de réserve. Et, en effet, il n'est pas exact de prétendre que la vocation des frères et sœurs est nulle, qu'ils ne sont pas héritiers, et que, par suite, ils ne peuvent renoncer. La vérité est, au contraire, que leur droit est simplement paralysé par la présence du légataire universel, en d'autres termes, ils n'en ont plus le bénéfice, c'est vrai,

mais cela ne l'empêche point d'exister encore. « Le titre » lui-même, dit M. Demolombe (*op. cit.*, n° 122), qui » soutient énergiquement ce système éclectique, il est » toujours là, pour ainsi dire, en puissance dans la loi! » Et, si le légataire universel est saisi, c'est seulement au » préjudice de la saisine des frères et sœurs, à laquelle » il se trouve subrogé! Sans cela, à qui appartiendraient » les actions en nullité de testament pour vice de forme » ou pour cause de captation? Qui pourrait en invoquer la » révocation pour cause d'ingratitude? La réponse serait » embarrassante pour l'opinion qui prétend que nous » n'avons plus aucun héritier légitime, en face du légataire » universel! Et, quant à l'opinion d'après laquelle ce sont » les ascendants qui sont désormais les héritiers légitimes, » il a fallu, pour être conséquente avec elle-même, qu'elle » en vint à dire que cette action en nullité n'appartiendrait » pas aux frères et sœurs que le legs universel dépouille! » Mais ceci est, en vérité, impossible! Donc, il faut recon- » naître que les frères et sœurs, malgré le legs universel, » n'en sont pas moins toujours les représentants de la » succession légitime. »

Nous croyons devoir repousser, pour notre part, cette dernière opinion. De cette distinction résulterait, en effet, cette conséquence bizarre, que le droit de l'ascendant dépendrait du caprice des frères et sœurs qui pourraient le mettre aux enchères et renoncer ou accepter, suivant que l'ascendant se montrerait plus ou moins libéral, à leur égard, que le légataire universel. De plus, il est inadmissible, que les frères et sœurs puissent faire obstacle à l'ouverture du droit de réserve, sans en tirer le moindre profit pour eux-mêmes. Vainement objecterait-on que le légataire se trouve subrogé à la saisine des frères et sœurs, ce qui donnerait à entendre que ces derniers étaient, eux, primitivement investis de la saisine, et que ce n'est que par la suite qu'elle a été transportée de leur tête sur celle du lé-

gataire universel; car, aux termes de l'article 1006, « Lors-
» qu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels
» une quotité de biens soit réservée par la loi, le légataire
» universel *sera saisi de plein droit par la mort du testateur,*
» sans être tenu de demander la délivrance. » Vainement
aussi M. Demolombe prétend-il que « le titre lui-même est
» toujours là », que l'héritier légitime est simplement
« dépouillé du bénéfice de son titre. » Car, évidemment,
un titre quelconque ne saurait exister sans objet. Or, nous
savons qu'ici la succession appartient au légataire uni-
versel. Que si l'on nous demande « à qui appartiendrait
» l'action en nullité pour vice de forme ou toute autre
» action plus ou moins contestable, que l'on prétendrait
» exister contre le legs universel? » nous répondrons que
pour être reçu de l'espèce, à attaquer le legs universel, il
n'est point nécessaire d'être investi présentement du titre
d'héritier, mais il suffit uniquement d'être la personne au
profit de laquelle cette qualité sera reconnue, dès que le
vice, dont la disposition testamentaire est entachée, sera
dévoilé et fera considérer le legs comme nul et non avenu.

Est-ce à dire pourtant que l'on doit suivre le système
de Delvincourt? La négative paraît au premier aspect
incontestable, car, qu'est-ce que la réserve, sinon une
portion des biens que l'on eût recueilli à défaut des
libéralités exagérées du défunt? Or, nous le savons fort
bien, en l'absence du legs universel, la succession *ab intestat*
eût été, dans l'espèce, recueillie exclusivement par les
frères et sœurs. La conséquence semble donc être que,
une fois les frères et sœurs écartés, l'ascendant n'est pas
mieux reçu à réclamer une réserve. Quoi qu'il en soit,
nous optons pour l'opinion contraire en conséquence de
l'exclusion des collatéraux privilégiés, exclusion qui a pour
résultat de laisser seul en commun le légataire et les
ascendants, le disponible et la réserve.

§ 2

Quotité de la réserve des ascendants.

Aux termes de l'article 915, « les libéralités par actes » entre-vifs ou par testament ne pourront excéder la » moitié des biens, si à défaut d'enfants, le défunt laisse » un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes » paternelle ou maternelle, et les trois quarts s'il ne » laisse d'ascendants que dans une ligne... » Il découle de cette disposition que, lorsque les père et mère ont survécu ils ont pour réserve la moitié; et, comme cette quotité est invariable, il résulte également que, pour le cas de concours des ascendants privilégiés avec les frères et sœurs, la portion indisponible est pour eux égale au chiffre de leur part héréditaire; ce qui constitue une exception à ce grand principe de notre matière que la réserve est *pars hereditatis*.

Nous savons bien que certains auteurs ont prétendu le contraire. « L'esprit général de la loi, dit Levasseur » (*oper. cit.*), est de permettre que le défunt puisse exercer » des libéralités qui absorbent ou au moins diminuent la » portion de chacun de ses héritiers. Si le code eût voulu » excepter de cette règle générale quelques-uns de ses » héritiers, l'exception aurait été pour les enfants. Donc, on » doit entendre par ces mots *biens*, de l'article 913, les » biens seulement qui seraient revenus à l'ascendant à titre » de succession, et non les biens laissés par le défunt. » Donc lorsque les père et mère concourent avec les frères » et sœurs, leur réserve doit être la moitié de leur part, » savoir : pour chacun un huitième au total. »

Mais cette opinion n'a convaincu personne. Il ne s'agit point, en effet, de savoir ce qu'aurait dû faire le législateur de 1804; il importe seulement de savoir ce qu'il a voulu. Or il est de toute évidence, si l'on rapproche l'article 915 des

articles 913 et 916, que par le mot *biens*, qui est dans l'article 915, le législateur n'a pu entendre autre chose que la succession du disposant.

Dans le cas où le défunt n'a laissé pour héritiers que des ascendants autres que père et mère sans frères et sœurs ou descendants d'eux, il n'y a point de difficulté pour l'application de l'article 915. En effet, s'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, le plus proche prendra le quart affecté à sa ligne, et l'accroissement étant inapplicable, la quotité disponible sera des trois quarts ; d'un autre côté, s'il y a des ascendants dans chaque ligne, ils prendront chacun un quart des biens du défunt, ce qui réduira le disponible à moitié.

Que si les ascendants se trouvent en concours avec des collatéraux ordinaires, ils sont libres d'invoquer, suivant les circonstances, leur qualité de réservataires, ou de s'en tenir uniquement à celle d'héritiers *ab intestat*. Ils prendront le premier parti, si la quotité disponible a été entamée par les libéralités du *de cujus* ; ils prendront le second, dans le cas contraire. Soient une succession de 60,000 fr., un légataire particulier de 20,000 fr., un ascendant paternel et un simple collatéral de la ligne maternelle. La réserve est, dans l'espèce, de 15,000 fr. ; l'ascendant en réclamera-t-il le bénéfice ? Evidemment non ; car, à titre d'héritier, il a droit à la moitié de la succession, c'est-à-dire à 20,000 fr. Il en serait tout autrement si le legs se montait à 40,000 fr., car sa qualité d'héritier ne lui donnant droit qu'à 10,000 fr., l'ascendant subirait une perte de 5,000 fr. (915 *in fine*.)

SECTION III

Des personnes qui font nombre.

Au sujet de cette question que nous avons dû examiner à toutes les époques de la législation et qui, de nos jours encore, divise les meilleurs auteurs au point de vue de

l'indigne et du renonçant, certains comptant toujours ces personnes, d'autres en faisant au contraire abstraction d'une manière absolue, quelques-uns, enfin, usant de distinction à l'égard du renonçant et tenant compte de celui-là seul qui a répudié *aliquo accepto*, M. Ragon a émis une observation fort judicieuse et qui servira de principe à notre solution. « On doit faire état, dit le savant professeur, » pour calculer la réserve, de tous les successibles qui y » prennent part et de ceux là seulement; il faut mettre » la manière de calculer la réserve en rapport avec l'opinion » qu'on s'est faite sur la question des enfants habiles à y » prendre part. C'est affaire de logique et de bon sens plus » que de droit; et rien en vérité n'est plus simple : font » nombre pour le calcul de la réserve tous ceux qui y » prennent part. Ne font point nombre ceux qui n'y ont » pas de part. » Donc, ajouterons-nous, conformément à la théorie que nous avons adoptée sur la nature de la réserve moderne, celui-là seul doit être compté qui vient à la succession. Donc, ne font point nombre, les incapables, les indignes et les renonçants. Vainement MM. Aubry et Rau, qui partagent notre opinion à l'égard des incapables, objectent-ils, au sujet des indignes et des renonçants, qu'ils doivent faire nombre, attendu que « l'article 913, d'après » lequel la quotité disponible et, par suite, la réserve se » déterminent eu égard au nombre d'enfants que le » disposant laisse à son décès, n'exige pas, pour que ces » enfants soient comptés, qu'ils se portent tous héritiers » et qu'ils soient de fait admis à la succession... » Nous répliquons que si le silence du législateur devait être ainsi interprété, nos éminents adversaires seraient logiquement tenus de compter également les incapables dont ils font, au contraire, abstraction. Car l'article 913 n'exige point formellement que les enfants soient capables.

Il semble fort plausible, sans doute, de penser avec Troplong que « la renonciation d'un enfant, manifestée

» après la mort du disposant, n'empêche pas que, durant sa vie, celui-ci n'ait été limité à une part précise qu'il ne pouvait dépasser sans abus de son droit. Ce n'est pas lorsqu'il est mort que son pouvoir de disposer peut recevoir un accroissement qu'il n'avait pas de son vivant. » Mais, en réalité, cette argumentation est erronée; car si une fois fixée la réserve était invariable et, si, pour arriver à sa détermination, on devait prendre comme point unique de départ l'ouverture de la succession, il en résulterait que, dans le cas de renonciation de tous les parents de la ligne directe, les collatéraux seraient considérés, nonobstant l'article 916, comme réservataires, ou, sans aller si avant, que, dans le cas de renonciation des enfants laissés par le défunt, une réserve de moitié, des deux tiers ou même des trois quarts serait dévolue aux ascendants survivants !

Nous savons bien que, suivant M. Bressoles, notre critique n'est nullement fondée vis-à-vis des collatéraux; « car le donataire nanti de son don, et même le légataire nanti de son droit (1014 Code civil), est toujours défendeur et ne peut être dépouillé de la plus minime partie de la libéralité dont il a été gratifié qu'en vertu du droit de réduction qui n'appartient qu'à des réservataires; en sorte que les collatéraux qui voudraient arguer du texte de l'article 913 seraient écartés par une fin de non-valoir, comme on le dit au palais, et ne pourraient pas donner le spectacle affligeant de parents quelquefois éloignés du défunt qui prétendraient arguer *jure proprio*, et non par transmission d'une loi faite pour les réservataires. » Cette réflexion n'est point sérieuse, car, poser en principe, que la renonciation ou l'indignité de l'enfant n'a aucune influence sur le chiffre de la réserve, c'est véritablement admettre que les deux portions déterminées au jour du décès doivent rester invariablement distinctes, de sorte qu'en définitive, les étrangers n'ayant

droit qu'à la quotité disponible, il faut attribuer la réserve, c'est-à-dire la succession *ab intestat*, aux parents quels qu'ils soient qui acceptent l'hérédité. Et, telle est, en effet, la conclusion logique qu'en ont déduite Bayle-Mouillard (*sur Grenier*) et deux arrêts de Cours d'appel. Mais l'inadmissibilité d'un tel résultat prouve, de la manière la plus explicite, l'inadmissibilité du système qui lui sert de base.

Duranton insiste cependant : « Il n'en est pas, dit-il, » d'un indigne comme d'un mort civilement; ce dernier » est incapable; dès lors, il n'est pas compté au nombre » des enfants; il est comme s'il n'existait pas; l'indigne, » au contraire, est capable, nécessairement supposé capable, seulement il est exclu. » Cette assertion est en effet incontestable, et nous reconnaissons nous-même que « les indignes sont, jusqu'au moment de leur » exclusion, saisis de l'hérédité. » Mais de ce que l'indigne diffère d'un incapable, est-ce à dire qu'il doit faire nombre pour le calcul de la réserve? Telle n'est pas notre opinion, et, selon nous, l'on ne saurait raisonnablement compter l'indigne, car bien que capable, cette personne, par le seul fait du jugement prononcé contre elle, se trouve rétroactivement dépouillée de toute vocation héréditaire (729) et, par suite, réduite à la situation du mort civilement.

Enfin, une dernière objection a été présentée relativement au renonçant. Pour en faire abstraction, nous dit-on, vous invoquez l'article 785 et vous en concluez que les droits de l'enfant qui a renoncé, étant rétroactivement anéantis, on ne peut le compter. Mais alors que signifie l'article 786, d'après lequel la portion du renonçant accroît à ses *cohéritiers* ou bien est dévolue, s'il est seul, au degré subséquent? Vous en faites une lettre morte ou, plutôt, vous ne reculez point devant cette pensée que le législateur a décrété l'absurde! « Il y a longtemps, répond M. Boissonnade, qu'on a signalé l'impossibilité de prendre cet

» article à la lettre. L'accroissement, déjà, n'a lieu que
» dans la souche ou dans la ligne, première restriction ; si
» la succession est déférée au père et à la mère et à des
» frères et sœurs, les répudiations des uns et des autres ne
» profitent qu'aux frères et sœurs. Supposons maintenant
» que tous les enfants renoncent, dira-t-on que leur droit de
» réserve est dévolu au degré subséquent, à des ascendants,
» par exemple, dont la réserve est calculée différemment,
» ou à des frères et sœurs qui n'ont jamais de réserve ?
» Bien entendu, nos adversaires ne vont pas jusque-là ;
» ce serait l'absurde. Mais alors ? ce que l'article 786 a
» voulu dire, c'est ceci : le renonçant n'existe pas par
» rapport à la succession, laquelle est partagée ou dévolue
» comme s'il n'y avait jamais été appelé, ses droits
» profitent à ceux auxquels son acceptation eût été
» nuisible. » (*Hist. de la réserv. hérédit.*, p. 685.)

Nous persistons, en conséquence, dans cette idée que, sous le Code, l'indigne et le renonçant ne doivent point faire nombre pour la computation de la réserve. Tel est le seul moyen de tenir compte du caractère héréditaire de cette institution. Tel est aussi le corollaire obligé de ce principe que la détermination de la réserve varie avec le nombre et la qualité des appelés. Telle est, enfin, la solution vraiment conforme, soit aux données de la raison qu'exprimait jadis le jurisconsulte romain en ces termes : « *Quo bonum est eis favere ut partem faciant nihil habituris?* » soit aux inspirations de l'équité qui ne saurait souffrir que le renonçant puisse faire nombre contre lui-même (Compar. Cassat. ch. civ., 18 août 1866, aff. Dufeu ; ch. req. rej. 25 juillet 1867, aff. Nonnez. — Valette, *Revue pratiq.*, 1868, t. XXV, p. 193 et suiv.)

CHAPITRE III

Du Droit des réservataires sur les biens indisponibles.

La réserve consistant dans la succession *ab intestat* diminuée du disponible, la saisine en est acquise aux parents de la ligne directe, de plein droit (1004), dès l'ouverture de la succession, et ces derniers peuvent, d'un autre côté, prendre leur part en nature. Toutefois, dans l'hypothèse où l'action en réduction viendrait à être exercée, il en serait différemment, et il faut reconnaître que l'enfant ne saurait exiger que sa réserve fût composée, dans la mesure de sa quotité, d'une quantité de meubles et d'immeubles proportionnelle au chiffre total de la masse héréditaire. Les articles 923 et 926 mettraient obstacle à de telles prétentions. Aussi, pensons-nous qu'un père de famille pourrait valablement léguer à un de ses fils le disponible sur tels biens qu'il plairait à celui-ci de choisir dans la succession. Il en serait, bien entendu, tout autrement si, après avoir institué un légataire universel, le *de cujus* l'avait chargé de payer la réserve aux enfants par lui laissés avec ses biens personnels, c'est-à-dire « de » les récompenser en deniers ou autres choses qui ne sont » pas de la succession et des biens de leur défunt père, » comme le disait autrefois Ricard (*Traité des donations*); en effet, la réserve se compose des biens de l'hérédité rendus indisponibles par la loi, et le fils a droit, par suite, de les exiger *in specie*.

Au surplus, la réserve doit être laissée aux ayants droit, purement et simplement, sans charges ni conditions; le propriétaire, contre la volonté duquel elle est établie, ne peut apporter aucune modification à une transmission qui n'émane point de lui, mais de l'équité sanctionnée par la loi; ce qui implique, sans aucun doute, la prohibition de

toute substitution, pour le cas même où l'ayant droit serait un dissipateur, car, aux termes de l'article 1048, les substitutions ne peuvent avoir pour objet que des biens dont les père et mère ont la faculté de disposer.

Par exception, il est vrai, le testateur peut grever la portion indisponible de certaines charges si ces charges servent de condition à l'abandon qu'il exerce de ses biens libres en faveur de ses enfants ou de ses descendants réservataires qui deviennent, par cela même, arbitres souverains de leur intérêt particulier, et maîtres, par suite, d'opter entre la libéralité telle qu'ils l'ont reçue du défunt ou leur réserve pure et simple.

Mais l'exception confirme la règle, et il est de principe que la réserve est due aux héritiers privilégiés

purement et simplement,

; d'où le droit d'option prévu et réglé par l'article 917, ainsi conçu : « Si la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers, au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. »

Il découle cependant de ce texte que le législateur moderne n'a envisagé et résolu que l'une des deux difficultés qui préoccupèrent si ardemment, autrefois, nos anciens auteurs et qui, dans la législation romaine, avaient reçu, suivant les époques, des solutions fort différentes.

Nous avons vu, dans l'ancien Droit français, Renusson et Ricard soutenir, contrairement à Despeisses et à Duplessis, que la portion indisponible se calculait distinctement, et quant à l'usufruit et quant à la nue-propriété, qui, l'un et l'autre, devaient rester intacts, disaient-ils, dans la même mesure. Eh bien, hors de la rédaction du Code, le projet du gouvernement reproduisit l'avis de Ricard : « la donation en usufruit, portait le n° 17, ne peut excéder

» la quotité dont on peut disposer en propriété; en telle
» sorte que le don d'un usufruit ou d'une pension est .
» réductible au quart, à la moitié, aux trois quarts, du
» revenu total.... » Mais le Conseil d'État jugea ce parti
trop sévère. Il estima, en conséquence, d'après Lebrun,
que l'option suffisait, voulant éviter ainsi, d'une part, de
poser en principe que, toujours et invariablement, les
libéralités devraient être réduites, par cela seul qu'elles
dépasseraient la quotité disponible en revenu et de donner
matière à l'avenir, d'autre part, à des procès sans nombre
touchant l'estimation de l'usufruit.

Il est vrai qu'une phrase échappée au tribun Jaubert
semblerait enlever à l'article 917 la portée que nous lui
reconnaissons. Il déclarait, en effet, dans le rapport qu'il
fit au nom de la section de législation dans la séance
du 9 floréal an XI, que « s'il s'agit d'une disposition qui
» porte sur un usufruit ou une rente viagère, les héritiers
» n'auraient pas le droit de la méconnaître par cela seul
» qu'ils opteraient de faire l'abandon de la quotité disponi-
» ble; un préalable est nécessaire, c'est qu'il soit constaté
» que la libéralité excède la quotité disponible. » Ainsi en-
tendue, la loi moderne serait loin de présenter les avantages
que nous lui supposons. En effet, l'évaluation serait encore
nécessaire et, de plus, comme d'ordinaire un usufruit ne
dépasse point en valeur la moitié de la pleine propriété (loi
du 22 frimaire an VII), il suivrait que, lorsque le défunt
ne laisserait pour héritiers qu'un fils unique ou des ascen-
dants, il pourrait impunément léguer à des étrangers
l'usufruit de la totalité de ses biens et réduire ainsi le
successible réservataire à la gêne ou à la misère la plus
pressante, jusqu'au décès des usufruitiers. Aussi, n'hési-
tons-nous pas à penser que l'observation précitée de Jaubert
ne donne pas le véritable esprit de la loi nouvelle. —
« L'objet de cet article (917), disait avec beaucoup plus de
» sens Tronchet, dans la séance du 28 pluviôse an XI, est de

» prévenir une difficulté qui s'est souvent présentée... Il
» pourrait arriver qu'un testateur, en réservant la totalité
» de ses biens à ses enfants, les eût chargés d'une rente
» viagère ou d'un usufruit qui en réduirait le produit
» au-dessous des trois quarts. On a demandé si le légitimataire
» pourrait se plaindre, et quelques-uns ont pensé qu'il
» était récompensé de la diminution de sa jouissance par la
» propriété de la portion disponible. Mais il a été décidé
» que le testateur avait fait ce qu'il ne pouvait pas
» et qu'il n'avait pas fait ce qu'il pouvait. Or, n'étant pas
» permis aux juges de suppléer la volonté du testateur, on
» réduisait ordinairement l'usufruit ou la rente au revenu
» de la portion disponible. La section a cru devoir proposer
» une règle bien simple, qui prévient ces sortes de procès. »
On le voit, rien de plus explicite ! Le droit d'option que
confère l'article 917 ne s'applique donc, à vrai dire, qu'aux
dispositions dont l'objet excède la quotité disponible *en*
revenu. Aussi, sommes-nous surpris d'entendre M. Laurent
(*oper. cit.*) professer, de nos jours, l'opinion dès longtemps
abandonnée de Levasseur et soutenir que « il faut s'en
» tenir au texte tel qu'il a été commenté par le rapporteur
» du Tribunat. L'objection que l'on fait que dans ce système
» il faut procéder à une estimation, ne nous touche pas ;
» c'est la voie légale, et il n'a pas été dit au Conseil d'État
» qu'on voulait à tout prix éviter une estimation. » Ce
système, d'autant plus inadmissible que il ressort des
travaux préparatoires, et en dépit de l'assertion contraire
de M. Laurent, que le législateur moderne « a voulu éviter
» une estimation » et des procès qui n'avaient été que trop
nombreux dans l'ancien Droit, ne saurait prévaloir si l'on
tient à se rendre compte de l'exception que l'article 917
apporte aux règles ordinaires de la réduction. N'est-il pas
évident, en effet, que si cette opinion était fondée, l'esti-
mation toujours incertaine des droits viagers redevenant
nécessaire, le mode spécial de retranchement, organisé par

l'article 917, n'aurait aucune raison d'être; l'option accordée par la loi à titre de faveur, étant dépourvue de tout avantage? Et voilà bien pourquoi la doctrine de Levasseur n'avait pu jusqu'ici trouver de partisans, l'unanimité des auteurs concluant, au contraire, que, sous le Code et en vertu de l'article 917, les réservataires sont toujours assurés de pouvoir réclamer, si bon leur semble, leur portion indisponible en pleine propriété, c'est-à-dire tant en nue-propriété qu'en revenu, sans qu'il leur soit besoin, en conséquence, de prouver, le cas échéant, que le droit viager, dont le défunt avait gratifié un étranger, excédait en valeur le disponible *in globo*.

D'ailleurs, il est bien entendu que, s'il y a plusieurs réservataires, chacun d'eux est libre d'exercer ou non, suivant son bon plaisir, le droit d'option. Seulement, il pourrait se faire que, parmi les héritiers, il se trouvât à la fois des réservataires et des successibles ordinaires, et alors il importerait de distinguer :

1^o Dans le cas de concours des ascendants privilégiés avec les frères et sœurs du défunt, la réserve est de moitié et, par suite, égale la part héréditaire des père et mère. Ceux-ci n'ayant donc aucune part à prendre à l'exécution des libéralités du défunt, il ne saurait être question du droit d'option de l'article 917.

2^o Il en serait autrement si l'on supposait l'un seulement des père et mère en concours avec des collatéraux privilégiés. Les ascendants prenant *ab intestat* moitié, alors que leur réserve n'est que du quart, ils doivent contribuer pour un quart à l'exécution des dons ou legs et, par suite, sont libres, dans cette mesure, de profiter des faveurs de la loi.

Avons-nous besoin d'ajouter que les réservataires, qui refusent d'exécuter la disposition telle quelle, doivent abandonner *en nature* aux donataires et légataires de droits viagers les biens qui restent dans la succession, après le prélèvement de la réserve, et ne peuvent, au contraire,

se libérer par le versement entre leurs mains d'une somme d'argent représentant la valeur de ces mêmes biens? Nul doute que par ces mots : *abandonner la quotité disponible*, l'article 917 entende parler de l'abandon d'une quote-part de l'universalité héréditaire déterminable par le prestige. Telle est, en effet, comme l'observe fort bien M. Demolombe, la solution la plus conforme à l'intention présumée du défunt, qui doit être considéré comme ayant donné ou légué lui-même la quotité disponible sous condition, pour le cas où son héritier ne voudrait pas exécuter la disposition suivant les termes de l'acte. Or, n'est-il pas évident que le don ou le legs de la quotité disponible fait à une personne lui donne droit à une quote-part des biens en nature?

Mais lorsque le réservataire ne veut pas exécuter telle quelle une disposition de droits viagers, c'est une question délicate de savoir si l'abandon par lui fait du disponible en toute propriété a pour résultat la novation de son obligation, ou s'il n'est, à l'inverse, qu'un mode spécial de réduction, portant exclusivement sur l'objet de la libéralité et laissant intactes, en conséquence, les modalités qui l'affectaient de par la volonté du *de cujus*.

Sous l'inspiration de cette idée, que l'article 917 est une disposition exceptionnelle que l'on doit, par suite, interpréter restrictivement, nous optons pour le second parti. Il ne résulte, en effet, nullement de ce texte, que l'abandon de la quotité disponible fait par le réservataire, au lieu et place de l'usufruit ou de la rente viagère donnée ou léguée par le défunt, soit l'anéantissement complet de cette disposition : ce qui en découle simplement, c'est la subrogation du disponible à la libéralité originaire : en un mot, l'objet de la donation ou du legs est seul changé. Or, si le législateur ne fait que changer l'objet de la libéralité faite par le défunt, comment l'interprète serait-il autorisé, lui, à en changer également les conditions et les charges, ou

plutôt à les supprimer? Ne voit-on pas, d'ailleurs, que ce serait arbitrairement méconnaître la volonté du *de cujus*? Supposons, en effet, avec les partisans de l'opinion contraire, que le défunt laissant plusieurs enfants ait légué à sa veuve, et à la condition qu'elle ne se remarierait point, l'usufruit de la moitié de son patrimoine. Evidemment rien n'indique que, s'il avait su ne pouvoir disposer que de la propriété de la quotité disponible, son désir de donner à sa veuve, tant qu'elle resterait fidèle à sa mémoire, le moyen de pouvoir continuer les mêmes habitudes d'aisance et de bien-être dans lesquelles ils avaient vécu ensemble, l'aurait amené à lui faire une libéralité pure et simple, dont le bénéfice lui fût assuré lors même qu'elle convolerait en seconde noces! Tout au contraire, en ne lui faisant qu'une donation ou un legs, sous condition résolutoire, il a exprimé de la façon la plus explicite l'intention qu'elle fût déchue de tout droit sur ses biens pour le cas où elle se remarierait.

Toujours, en vertu de ce principe que l'article 917 est une disposition exceptionnelle que l'on doit interpréter restrictivement, nous jugeons inadmissible de décider, avec M. Demolombe, que, lorsque le disposant a récompensé son enfant en usufruit de ce qu'il lui avait enlevé en nue-propriété, cet enfant peut, à son gré, encore ici et malgré le silence du législateur à ce sujet, exécuter la disposition telle quelle ou abandonner aux donataires la quotité disponible.

Conformément à l'opinion généralement reçue autrefois, d'après laquelle, en semblable circonstance, les héritiers à réserve étaient autorisés à demander la réduction de la libéralité, dans la mesure de la quotité disponible, sans être tenus de faire aux donataires ou aux légataires l'abandon de cette dernière en toute propriété, la Cour de cassation persiste à décider, avec Guy Coquille, que l'enfant a droit, d'une part, de réclamer sa réserve en toute propriété ~~ex~~

lege, et peut, d'autre part, conserver l'usufruit *ex testamento*.

Ce second système est également inacceptable, attendu qu'aucun texte ne consacre ce cumul, et il est, selon nous, plus juridique de penser, avec Despeisses et Duplessis, que « ces sortes de dispositions ne sont point réductibles et que » l'héritier doit nécessairement s'y soumettre dès qu'il » trouve une récompense de ce qu'il a en moins de propriété, dans ce qu'il a en plus de jouissance, la réserve ne » devant se calculer que pour l'ensemble de la propriété et » de l'usufruit, de sorte qu'il faut, dans cette situation, » évaluer la valeur vénale de la nue-propriété léguée, et, » si celle-ci ne dépasse pas le disponible, le réservataire ne » peut l'attaquer et doit se contenter de l'usufruit resté » dans la succession. »

Vainement, M. Demolombe objecte-t-il qu'il est conforme à une saine interprétation de généraliser l'article 917 par suite de la sensible analogie de la question qu'il a laissée indécise avec celle qu'il a réglementée. Nous répondons qu'il existe une différence entre les deux hypothèses que le savant professeur désirerait voir régies par les mêmes règles. Lorsque, en effet, la disposition est d'un usufruit ou d'une rente viagère, l'option concédée par le législateur de 1804 est vraiment utile à l'héritier réservataire : il pourrait arriver, si l'on suivait le droit commun, qu'il fût dépourvu, à la mort du *de cuius*, des ressources nécessaires pour vivre : *filiis forte fame preemptis* (nov. xviii, 3); or, ce danger n'était pas à craindre au cas de dispositions excessives en nue-propriété, et c'est pour ce motif, sans aucun doute, que les libéralités de ce genre ont été laissées sous l'empire de la règle générale aux termes de laquelle les volontés du défunt doivent être exécutées religieusement jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Si donc le réservataire prétend que le legs de la nue-propriété est excessif, qu'il le prouve! Qu'il démontre que l'usufruit qui lui a été laissé ne constitue pas en sa faveur une compensation suffisante!

CHAPITRE IV

Action en réduction.

SECTION PREMIÈRE

Sa nature.

Destinée à servir de sanction à la réserve, l'action en réduction a pour objet de réprimer les affections irréflechies que l'orateur romain appelait si ingénieusement *impetum benevolentiae*. (Cicer., *de Amicitia*, 17.) Quant aux actes à titre onéreux, ils ne sont point susceptibles de tomber sous les coups de cette voie de recours, à la différence de ce qui avait lieu jadis en matière de douaire. Le législateur de 1804 considéra, en effet, avec raison, que, dans le système contraire, les transactions les plus solennelles et les plus indispensables ne seraient point définitives, la sécurité ne régnerait plus dans le commerce, et les relations deviendraient impossibles (Bigot-Préameneu. V. Fenet, t. XII.)

Au surplus, on est généralement d'accord aujourd'hui à reconnaître que « c'est une action personnelle dérivant de » la convention tacite par laquelle tout donataire s'oblige à » restituer éventuellement, en tout ou en partie, les biens » par lui reçus du *de cujus*, afin de parfournir la réserve. » (Demolombe, 263).

Il est vrai qu'elle semble affecter également le caractère de réalité, attendu qu'elle peut s'exercer, suivant les cas, soit par la pétition d'hérédité, soit par la revendication. Et, en effet, l'article 930 paraît contredire formellement notre opinion, en mettant, sur la même ligne, les deux actions par ces mots : « L'action en réduction ou revendication », ce qui pourrait faire croire que l'action en re-

tranchement est une action réelle proprement dite « qui » a pour objet la chose donnée, chose que l'héritier peut » suivre entre les mains de tout tiers détenteur » (Laurent, XII, 225). Mais ce point de vue est en désaccord avec le principe pourtant certain que *la réduction ne s'opère pas de plein droit*. (Demante, IV, 163), de sorte qu'il nous semble préférable de penser avec Caïn Delisle, que la revendication proprement dite n'est que l'exécution de la réduction. (*Donat. et testaments*, 180). Ajoutons qu'il est inadmissible de prétendre, avec Troplong (*oper. cit.*, p. 564) et nos anciens auteurs, qu'il faut considérer la réduction comme une action personnelle *in rem scripta*. Car, observe avec raison Demante (*oper. cit.*), c'est un mauvais emprunt fait à la langue du Droit romain et, dans notre législation où nous n'avons pas de formules, je ne puis parvenir à comprendre ce que c'est qu'une action *in rem scripta*. La vérité est qu'il y a deux actions : l'une personnelle, tendant à la résolution du titre ; l'autre réelle, basée sur la propriété recouvrée, par l'effet de la résolution. Mais la première ne compété pas directement contre le détenteur qui doit seulement être mis en cause, pour que le jugement obtenu ou à obtenir contre son auteur, ait force de chose jugée à son égard. Quant à lui, il n'est directement tenu que par action réelle, qui ne subsiste plus s'il a acquis par prescription. » Il convient donc de conclure que l'action en retranchement constitue un droit purement personnel, dont l'action réelle n'est que la mise en œuvre, et d'ajouter que cette dernière étant, bien entendu, seule possible contre les tiers acquéreurs, ceux-ci, à la différence des donataires, qui sont *personnellement* obligés de restituer, puisent, dans leurs titres, une protection plus efficace qui consiste dans la prescription de dix ou vingt ans ; la possession exercée dans les conditions et le délai des articles 2265 et suivants du Code civil, étant aussi propre à faire acquérir l'irrévocabilité, lorsque la pro-

priété du vendeur était révocable, qu'elle l'est pour faire acquérir la pleine propriété, au cas d'aliénation à *non domino*.

Nous avons jugé inadmissible, dans notre droit moderne, l'opinion de Troplong, suivant lequel l'action en réduction serait une action *in rem scripta*. A plus forte raison, refusons-nous de soutenir, avec l'éminent magistrat, que cette voie de recours repose sur une simple créance et constitue un attribut du titre de parent privilégié.

« Les enfants étaient représentés par leur père, nous dit-il, dans tout ce que la loi, la bonne foi envers les tiers et la nécessité du commerce autorisent ; ils sont donc tenus de ses actes. Mais ils ne le représentent pas, lorsque, contre sa volonté, ils recherchent et reconstituent cette réserve, qui, *ab initio*, leur était commune avec lui, et qu'il a annulés ou amoindrie par ses libéralités officieuses. Ils agissent alors *jure proprio*, *jure sanguinis*, *jure naturali*. »

Nous avons déjà explicitement réfuté cette distinction en prouvant que, sous le Code, la réserve qui sert de base à l'action en réduction est un droit essentiellement attaché à la qualité d'héritier et non à la qualité d'enfant. De nouvelles explications nous sembleraient donc ici superflues.

SECTION II

Qui peut l'intenter ?

Il importe de distinguer les donations entre-vifs des donations testamentaires. Par application de la maxime : *Nemo liberalis nisi liberatus*, celles-ci, peuvent être critiquées non-seulement par les héritiers au profit desquels la loi fait la réserve mais encore par les créanciers du testateur ; car les légataires ne peuvent rien prétendre qu'après l'acquittement intégral des dettes du défunt. La réduction des donations

entre-vifs, au contraire, ne peut être demandée que par les descendants ou par les ascendants au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause, cessionnaires ou créanciers. D'ailleurs, il va de soi que le donateur, lui, n'a pas, de son vivant, le droit de faire réduire les donations qu'il a faites, quelque excessives qu'elles soient : ce n'est qu'en faveur de ses héritiers directs que l'action en retranchement est établie; il pourrait seulement demander des aliments au gratifié, s'il était dans le besoin, et faire révoquer, au cas de refus, la donation (955). Il en est de même de ses créanciers qui ne peuvent également, d'après les termes formels de l'article 921, profiter de la réduction. Les biens que cette action fait rentrer dans l'hérédité ne sont pas affectés aux dettes du donateur décédé, si ses héritiers ont eu la précaution d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Ainsi ont été tranchées les interminables difficultés de l'ancien Droit, non point, qu'on le sache bien, sous l'inspiration de cette idée soutenue dans le sein du Tribunat par quelques orateurs et que, de nos jours, certains jurisconsultes du plus haut mérite se sont efforcés d'accréditer, à savoir que l'enfant qui intente la réduction agit « *jure proprio* » et non « *jure hereditario* », mais sous l'influence de ces considérations tout autrement juridiques et qui prévalurent, en conséquence, devant le Conseil d'État, sur les saines observations de Tronchet, que la réserve, de même que le rapport, n'a été introduite qu'en faveur des héritiers et nullement en faveur des créanciers héréditaires; que la logique exige donc que les créanciers ne soient pas plus fondés à profiter de la réduction qu'ils ne sont fondés à profiter du rapport, et que l'équité se trouve en ce point tout à fait d'accord avec la logique.

Mais l'article 921 ajoute que les donataires et les légataires n'ont, pas plus que les créanciers, le droit d'intenter la réduction. Or, cette observation, que devait nécessaire-

ment présenter le législateur moderne au point de vue des créanciers, à l'effet de mettre un terme aux trop célèbres controverses de l'ancien Droit, était-elle bien utile à l'égard des donataires et légataires, et ne serait-il pas plus exact d'affirmer que telle était la conséquence forcée du principe nouveau d'après lequel, pour être admis à la réserve, il faut être héritier? On a cependant prétendu que, dans le cas de conflit de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux, la seconde partie de l'article 921 offre de l'intérêt.

Supposons que Paul, qui a un enfant d'un premier lit, se remarie et donne par contrat de mariage à sa seconde femme 60,000 fr. Il donne ensuite à un étranger 30,000 fr. et meurt, laissant pour tous biens 30,000 fr. Dans l'espèce, la réserve de l'enfant se chiffre à 60,000 fr.; Et comme il ne reste dans l'hérédité que 30,000 fr., l'action en retranchement devra être intentée. Mais contre qui? Évidemment, contre celui en faveur duquel la réserve a été entamée et le disponible dépassé! Ce ne sera donc pas contre l'étranger qui n'a reçu que le quart, alors que le disponible s'élève à la moitié! La seconde femme, au contraire, qui n'a droit, aux termes de l'article 1098, qu'au quart des biens, a reçu 60,000 fr., c'est-à-dire un quart de plus que ne le permettait la loi : c'est donc contre elle que l'héritier réservataire doit recourir pour les 30,000 fr. qui lui sont dus! Eh bien, c'est précisément cette solution, conséquence directe des principes, que l'on a tenté de repousser en invoquant l'article 921. « Ricard, Lebrun et » Pothier, nous dit Toullier (*oper. citat.*), enseignent que les » biens provenus de la réduction des donations entre-vifs, » faites à un nouvel époux, ne doivent pas être imputés sur » leur légitime; et M. Grenier pense qu'il en est de même de » la réserve établie par le Code; mais ces auteurs ne nous » semblent pas avoir donné la véritable raison de » décider..... La principale raison que les auteurs cités

» donnent contre l'imputation est que les enfants tiennent
» la réduction du don de la loi et non de la libéralité du
» père ; mais qu'importe cela ? C'est aussi de la loi et non de
» la libéralité du père que les enfants tiennent ce qu'il
» laisse sans en avoir disposé..... La véritable raison de
» décider se trouve donc dans l'article 921 qui ne veut pas
» que les légataires profitent de la réduction des dons
» entre-vifs ; car, si cette imputation était admise, il est
» évident que les légataires profiteraient de la réduction,
» contre la disposition expresse de cet article, disposition
» qui est fondée en raison..... (puisque) la loi permettait
» au *de cujus* de donner le quart de ses biens ; il l'a donné
» et même au delà ; il ne peut donc plus rien donner ; il n'a
» plus rien de disponible. S'il pouvait donner par testament
» ce que son donataire entre-vifs a reçu de trop, son
» légataire aurait plus de droits, qu'il n'en avait lui-même. »

Sans insister sur la question de savoir si, en effet, sous l'empire du Code, les successions sont de droit civil, nous ferons observer qu'il ne s'agit point de rechercher si le *de cujus* avait le droit, de son vivant, de révoquer la donation par lui faite à son second conjoint dans ce qu'elle avait d'excessif, car il est certain, comme le dit Toullier, que si la loi fait rentrer cet excédant, « ce n'est qu'à la » mort du donateur (920), qui ne peut les y faire rentrer » pendant sa vie ; » il suffit simplement de savoir quelle est la libéralité qui a été faite en violation des lois sur la portion indisponible, si c'est la donation faite à la femme ou celle faite à l'étranger, et, par suite, quel est celui d'entre les gratifiés qui devra subir la réduction. Or, l'article 913 permettait, dans notre espèce, une libéralité de 60,000 fr. en faveur de l'étranger qui n'a reçu que 30,000 fr. La donation qui lui a été faite a donc laissé intacte la réserve. Au contraire, l'article 1098 ne permettait de donner à la femme que le *quart* et elle a reçu *moitié*.

C'est donc exclusivement contre elle que doit être exercée la réduction ; de sorte que l'utilité de la seconde partie de notre article 921 est purement imaginaire.

SECTION III

A quelle époque et dans quel cas la réduction peut-elle être intentée ?

a. — On avait autrefois agité la question de savoir si la légitime ne pouvait, en certains cas, être réclamée avant l'ouverture de la succession. Mais la négative avait prévalu (art 33 de l'ordonnance de 1731). A plus forte raison doit-il en être de même aujourd'hui, puisque la réserve dont l'action en réduction a pour but d'assurer l'intégrité, n'est que la portion indisponible de la succession *ab intestat*, et que « *nulla est viventis hereditas*. »

L'article 204 du Code civil refuse même à l'enfant toute action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ; ce qui déroge à la jurisprudence de certains Parlements qui autorisaient au moins la fille à réclamer une espèce de légitime par anticipation de la succession pour faciliter leur établissement.

Avant l'époque du décès, on ne peut savoir si les dispositions faites par le défunt sont réductibles et à quel degré elles peuvent l'être, puisque tout cela dépend de la qualité, du nombre, et surtout de l'existence des héritiers à réserve, à l'ouverture de la succession. Tels sont les motifs qui ont dicté l'article 920 du Code civil.

b. — Pour reconnaître si la réserve a été entamée, il faut reconstituer le patrimoine du *de cujus* par la réunion fictive des biens donnés aux biens existants au décès, de manière à déterminer sur cette masse ainsi formée, quelles eussent été, après déduction des dettes, les forces de la succession à défaut de libéralités, et qu'elle eût été, en conséquence, eu égard au nombre et à la qualité

des ayants droit, le taux de la réserve. La valeur des biens existants au décès est-elle supérieure ou au moins égale à la portion indisponible ainsi déterminée? toutes les libéralités sont maintenues. Est-elle inférieure? il y a matière à réduction (art. 922).

Ainsi donc, cinq opérations sont nécessaires pour savoir s'il y a lieu à réduction : 1° composition de la masse des biens formant la succession *ab intestat*; 2° composition de la masse des biens donnés ou légués; 3° estimation et addition des deux masses; 4° déduction des dettes; 5° calcul du disponible et de la réserve sur l'actif net.

§ 1

Composition de la masse des biens formant la succession ab intestat.

En principe, tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, qui appartenaient au défunt et dont il n'a pas disposé, font partie de sa succession et, par suite, doivent être compris dans la masse des biens existants. On y fait même figurer les créances du défunt sur son héritier, car la confusion n'est pas à proprement parler un mode d'extinction des obligations : résultat de l'impossibilité où se trouve le débiteur héritier de se poursuivre ou de se payer lui-même, c'est un pur fait qui ne peut nuire aux tiers intéressés à se prévaloir de l'existence de la créance; cette créance n'en est donc pas moins une valeur dont le défunt aurait pu disposer, mais qu'il a laissée dans sa succession, et dont, par suite, on doit tenir compte.

Que s'il se trouve des créances douteuses et conditionnelles, elles ne seront comprises dans la masse que pour leur valeur vénale. Seulement, comme cette estimation présente beaucoup d'incertitude, on l'évitera le plus souvent par la prestation de cautions qui permettront de considérer, dès à présent, le débiteur comme tout à fait solvable

ou tout à fait insolvable, et la dette comme existant déjà ou comme n'existant pas.

Même décision pour les droits litigieux et les biens que le défunt possédait avec toutes les conditions requises pour les acquérir par prescription.

Au reste, s'il est vrai, en principe, que tout ce qui constitue une valeur appréciable doit être compris dans la formation de la masse, il n'en est pas moins certain que tous les biens intransmissibles de leur nature, droits d'usufruit, d'usage..., rentes viagères, pensions de retraite, ne doivent point entrer en ligne de compte pour le calcul du disponible. Devraient être également négligés les biens possédés par le défunt comme grevés d'une substitution permise dont les appelés lui survivent, et cela, alors même que ces appelés seraient précisément les réservataires en faveur desquels on veut déterminer la réserve. Car ce n'est pas à titre d'héritier du *de cuius* qu'ils peuvent prétendre aux biens substitués (ces biens, en effet, n'appartiennent pas au grevé), mais bien en vertu de la substitution. Enfin, nous refuserions de comprendre dans la masse les biens donnés au *de cuius* avec clause de retour conventionnel, si ce dernier était mort avant le donateur (951-952). Mais la même solution serait-elle fondée relativement aux biens grevés de droit de réversion successorale (747)?... Nous nous trouvons ici en face d'une des plus graves difficultés de la matière.

Primus meurt sans enfants, laissant pour tous biens un immeuble de 30,000 fr. que lui avait donné son aïeul, qui lui survit et une somme de 30,000 fr. dont il a disposé en faveur de *Secundus*. Supposons qu'il laisse ses père et mère pour héritiers ordinaires : leur réserve est de moitié! Mais sur quels biens la calculerons-nous? sur la masse des biens personnels au *de cuius*, abstraction faite de ceux qu'atteint le retour successoral? ou le déterminerons-nous, à l'inverse, sur le patrimoine entier du défunt, y compris

ceux dont il était redevable aux libéralités de son aïeul?

Bien des systèmes ont été émis sur cette question, « l'une des plus difficiles, dit M. Laurent, de la difficile » matière de la réserve. » Certains auteurs ont même renoncé à concilier les prétentions opposées résultant de la combinaison des articles 747, 915, 922 (Besy, *Revue de droit français et étranger*, t. IV, 1847, p. 485). Voici notre opinion.

a. — Les biens affectés au retour successoral sont entièrement disponibles dans les mains du testateur (747) et ne peuvent, en conséquence, faire partie d'aucune réserve, puisque la réserve n'est autre chose que l'indisponibilité des biens qui en sont l'objet. Ils ne sauraient donc être valablement compris dans la masse des biens sur laquelle doivent se calculer la quotité disponible et la réserve. En un mot, ils forment une succession à part..., de sorte qu'il convient d'établir dans le patrimoine du *de cujus* un dédoublement ayant pour objet, d'une part, la succession anormale régie par l'article 747, et, d'autre part, la succession ordinaire régie par les principes du droit commun.

Ce principe ne souffre exception que dans le cas où l'article 747 est inapplicable, c'est-à-dire lorsque le *de cujus* a disposé des biens donnés ou dans la triple hypothèse de la renonciation, de l'indignité ou du prédécès de l'ascendant donateur.

b. — La quotité disponible et la réserve ne se calculant en principe que sur les biens personnels au défunt, la réduction ne peut atteindre que les biens ordinaires. Aucun recours même subsidiaire n'est possible contre l'ascendant donateur.

c. — Le dédoublement existerait encore dans le cas où l'ascendant donateur succéderait à la fois aux biens donnés et aux biens ordinaires, et viendrait à l'hérédité seul ou en concours avec d'autres héritiers. Les premiers ne seraient pas susceptibles d'être rapportés à la succession ordinaire

et, par conséquent, ne devraient être imputés ni sur la part héréditaire ni sur la réserve légale de l'ascendant.

d. — La succession anormale et la succession régulière contribuent à l'exécution des dispositions de quotité ou de quantité; quant aux dispositions *in specie* elles n'incombent à chacune d'elles qu'individuellement. Enfin les dispositions *in genere* elles-mêmes ne sont à la charge que de l'une ou l'autre des deux masses si telle a été l'intention formelle du testateur ou donateur décédé.

Que ces principes soient l'expression de la vérité juridique, c'est ce que nous espérons démontrer. Par là, pensons-nous, se concilient les divers intérêts que MM. Bezy et Duranton déclarent inconciliables. Et il le fallait bien, en effet! les prétentions multiples qui découlent des articles 747, 913 et suivants étant également « respectables ».

Supposons donc que *Primus* soit décédé sans enfants, laissant dans sa succession un immeuble de 30,000 fr. qu'il avait reçu à titre gratuit de son aïeul qui lui survit et 30,000 fr. de biens personnels dont il a gratifié *Secundus*; son père et sa mère qui lui survivent également feront réduire à moitié les libéralités faites à *Secundus*. Mais l'immeuble donné par l'aïeul reviendra intégralement à ce dernier puisqu'il se retrouve en nature dans la succession et qu'il ne doit point être compris dans la masse des biens sur lesquels doivent être calculés la quotité disponible et la réserve des père et mère.

Assurément, les articles 915 et 922 déterminent la quotité disponible et la réserve d'après l'ensemble du patrimoine du défunt et n'établissent aucune distinction entre les biens provenant de l'ascendant donateur et les biens personnels au défunt. Mais pourquoi? sinon parce qu'ils régissent uniquement l'hypothèse d'une succession régulière. Cela est si vrai que, de l'aveu de nos adversaires, l'article 915 ne s'occupant point de l'ascendant donateur

« n'a en cette qualité aucun droit de réserve » (Vernet, *oper. cit.*, p. 546). Mais s'il en est ainsi, ne convient-il pas de décider également que le législateur de 1804, qui dans l'article 915 n'a pas compris l'ascendant donateur parmi les ascendants réservataires, n'a point tenu compte, aussi, pour le calcul de la réserve de ces derniers, des biens donnés par un ascendant survivant? C'est qu'en effet, il ne pouvait en être autrement sans violer l'article 747! Les ascendants donateurs, porte ce texte, ont un droit exclusif aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité lorsque les objets se retrouvent en nature dans la succession. Les ascendants ordinaires ne peuvent donc y prendre part! Mais s'ils ne peuvent y prendre part à titre d'héritiers, il est bien évident qu'ils ne sauraient y prétendre à titre de réservataires, car il est impossible d'admettre une réserve là où il n'y a pas de droit de succession.

Il est donc inadmissible de poser en principe avec Vernet, que « la réserve de tout ascendant appelé à la succession » ordinaire qu'il soit en même temps appelé à la succession » anormale où qu'il n'y soit pas appelé, doit se calculer sur » l'ensemble du patrimoine du défunt. Il en est de même » de la quotité disponible. » Il résulterait, d'ailleurs, du système de cet auteur, une flagrante injustice; car il ajoute : « 4° Les biens formant la partie de la succession dont » le défunt n'a pu disposer sont dévolus, d'après les » principes des successions *ab intestat*, sans excepter » l'article 747. En conséquence, s'il n'y a pas lieu à » réduction et que les biens qui se trouvent dans la » succession soient tous des biens donnés, l'ascendant » donateur y a seul droit, qu'il soit ou non appelé à la » succession ordinaire. » Donc, suivant Vernet, il faut, d'une part, pour le calcul du disponible et de la réserve, tenir compte de l'ensemble des biens. D'autre part, pour la dévolution, il faut appliquer cumulativement et l'article 747

pour l'ascendant donateur et les articles 915 et suivants pour les ascendants ordinaires. Mais qui ne voit que l'application de ce système « conduirait à l'anéantissement » de la réserve dans le cas où le défunt, ayant disposé *in specie* de la totalité de ses biens personnels, n'aurait » cependant pas dépassé la quotité disponible calculée » suivant l'ensemble de ces biens et des biens donnés », qui seuls resteraient dans la succession? Et n'est-il pas vrai de dire, avec MM. Aubry et Rau (*oper. cit.*), que « cette » conséquence, suffit pour faire rejeter son opinion. »? En vain le savant professeur prétend-il que « ce résultat n'a » rien que de conforme à la loi..... Le droit de réserve » du père et de la mère se trouve, dans notre espèce, en » présence de deux droits qui lui sont *préférables* : 1° le » droit de libre disposition, *puisqu'il a été exercé dans les » limites du disponible*; 2° le droit de succession anormale de » l'ascendant donateur : il doit succomber: » C'est ce qu'il faudrait démontrer, car il nous paraît indubitable que cette assertion est purement gratuite vis-à-vis du droit de disposer, droit que les textes limitent, dans notre espèce, à la moitié de la succession régulière.

Aussi telle n'est point la doctrine de MM. Aubry et Rau. D'après ces auteurs, « lorsque les biens donnés existent » encore en tout ou en partie dans la succession *ab intestat* » la réserve ne se calcule que défalcation faite des biens » donnés formant l'objet du droit de retour. » Et telle est, en effet, la solution vraiment exacte. Mais, continuent les savants magistrats, « dans l'hypothèse où le défunt a » disposé à titre gratuit par actes entre-vifs ou par » testament de la totalité des biens donnés, la réserve » des ascendants se calcule conformément aux règles du » droit commun sans qu'il y ait de distinction à faire en ce » qui concerne les biens.... entre ceux qu'il (le défunt) a » reçu par donations entre-vifs de l'un de ses ascendants » et ceux provenant d'une autre origine. » Cette distinction

est-elle fondée et devons-nous dire, avec M. Demolombe (*oper. cit.*), que la dualité des successions qui forme la base de notre système ne peut être invoquée qu'en faveur de l'ascendant donateur et lorsqu'il peut venir à la succession.... que, par suite, l'article 747 étant inapplicable, dans l'espèce, c'est l'article 922 qui doit être suivi?

Un doute serait possible. Qu'est-ce, en effet, que la réserve sinon la succession *ab intestat* diminuée du disponible? Or, l'immeuble donné aurait-il fait partie de la masse ordinaire, s'il fût resté en nature dans la succession? Non, évidemment! Donc, pourrait-on dire, les ascendants autres que le donateur ne sauraient avoir une réserve sur ces biens, car ils sont absolument disponibles, aux termes de l'article 747.

La vérité est cependant que l'exclusion de l'ascendant donateur a pour résultat de mettre obstacle au dédoublement des successions et que, conséquemment, le disponible et la réserve doivent se calculer sur l'ensemble de la masse héréditaire.

Mais voici qui est moins logique. Tandis que, dans le cas où les biens provenant de l'ascendant donateur se retrouvent en nature dans la succession, MM. Aubry et Rau reconnaissent que *la réserve* ne doit se calculer « que défalcation » faite des biens donnés formant l'objet du droit de » retour. » Les savants auteurs, par une singularité assez frappante, admettent, à l'inverse, que « *la quotité disponible* » se calcule *toujours* conformément à l'article 922 sur la » totalité des biens que le défunt a laissés ou dont il a » disposé entre-vifs sans égard à l'origine des uns et des » autres. » Mais le simple bon sens nous dit que tout ce qui ne forme pas l'objet du disponible est par cela même réservé et réciproquement. Comment dès lors, en présence de cette donnée évidente par elle-même (et que nos éminents adversaires s'évertuent en vain à éluder), MM. Aubry et Rau n'accordent-ils aux père et mère qu'une réserve de

15,000 fr. alors que, de leur aveu même, la quotité disponible s'élève à 30,000 fr. — En d'autres termes, pourquoi, vis-à-vis des père et mère, la quotité disponible n'est-elle fixée qu'à 15,000 fr., tandis, qu'à l'égard du donataire et du légataire, elle s'élève à 30,000 fr.?

N'y a-t-il pas là, une inconséquence de la part des savants jurisconsultes, ou plutôt, ce défaut de logique ne prouve-t-il pas en faveur de notre thèse et ne témoigne-t-il pas de l'inexactitude de la théorie contraire à la dualité des successions?

MM. Aubry et Rau insistent, cependant, et objectent que « exclusion du calcul ceux des biens donnés par l'ascendant » qui se retrouvent dans la succession, c'est restreindre, au » détriment des donataires ou des légataires, le droit de » disposition tel qu'il appartient au défunt. » Cette objection nous surprend, puisqu'en ne calculant la réserve que sur les biens personnels, nous déclarons entièrement disponibles les biens donnés par l'ascendant, à la différence de ces auteurs qui, en calculant la réserve sur l'ensemble des biens, réduisent par suite le disponible.

La suite de leur argumentation n'est pas moins divinatoire. « Comment aussi admettre, poursuivent ces magistrats, » que le droit de disposition de l'enfant donataire soit plus » ou moins étendu, selon qu'il lui conviendra de l'exercer » sur les biens qu'il a reçus de son ascendant ou sur » d'autres biens à lui personnels? » Mais, répliquons-nous, telle est la conséquence forcée, non point du bon plaisir du donataire, mais de la volonté formelle du législateur qui, d'une part, déclare entièrement disponibles les biens régis par l'article 747, et, d'autre part, soumet partiellement les biens ordinaires à la réserve!

Après avoir ainsi démontré que la quotité disponible ne doit se calculer, en principe, sur le patrimoine du défunt qu'abstraction faite des biens provenant de l'ascendant donateur, nous n'aurons pas de peine à repousser la

contribution extraordinaire à laquelle MM. Aubry et Rau soumettent ce dernier.

L'ascendant donateur, disent ces jurisconsultes, ne peut exercer la reprise des biens par lui donnés, qui se retrouvent dans la succession, « qu'à la condition de » contribuer, s'il y échet, au fournissement de la quotité » disponible. Pour savoir quand il y aura lieu à cette » contribution et pour en déterminer le montant, il » faut distinguer si le défunt a disposé *in genere* seulement » ou s'il a déposé *in specie* de tout ou partie des biens » personnels. Si le défunt a disposé *in genere*, ses dispositions doivent, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, être exécutés proportionnellement sur les biens » personnels et sur les biens donnés. Si le défunt a disposé » *in specie* de tout ou partie des biens personnels, et que la » réserve de l'ascendant donateur lui-même ou d'autres » ascendants, calculée et exercée sur ces biens, ait pour » résultat de réduire ses libéralités au-dessous de la quotité » disponible calculée sur l'ensemble du patrimoine, l'ascendant donateur doit contribuer au fournissement de cette » quotité sur les biens donnés jusqu'à concurrence de » la somme nécessaire pour la parfaire »

Nous rejetons, sans hésiter, cette opinion. Que la succession anormale soit tenue de contribuer au paiement des dettes et même des dispositions de quotité et de quantité, comme l'enseignent M. Demolombe, M. Laurent et de nombreux jurisconsultes, c'est ce qui, à défaut de toute clause du testament ou de la donation prescrivant un mode différent de contribution, ne saurait être mis en doute : le *de cuius est*, en effet, censé avoir voulu y faire participer toutes les fractions de son patrimoine. Mais en induire que la quotité disponible est une dette de la succession anormale, que celle-ci doit y contribuer lors même que le défunt a disposé exclusivement de ses biens ordinaires, *in specie*; c'est ce que nous ne saurions admettre pas plus que nous

ne comprendrions l'ascendant donateur voulant exiger que les ascendants ordinaires contribuassent à payer les dispositions ayant pour objet *in specie* les biens donnés.

Nous le répétons, d'après l'article 747, la succession anormale est complètement disponible. Le défunt donataire eût donc valablement, si telle avait été son intention, disposé intégralement de l'immeuble dont l'avait gratifié son aïeul. Mais s'il laisse dans sa succession les biens qu'il a reçus de son ascendant et donne une portion de ses biens personnels supérieurs à la quotité disponible calculée sur lesdits biens, il a violé les lois sur la réserve, sans pour cela, bien entendu, que l'on soit autorisé, dans le silence du législateur à ce sujet, à établir une compensation quelconque entre ce qu'il était en droit de faire et n'a point fait, et ce qu'il a fait et ne pouvait faire. Car, quoiqu'en ait dit Duranton, rien ne permet à l'interprète d'ériger en présomption légale que le défunt a affecté tacitement les biens donnés à l'acquittement des libéralités qui ne peuvent être exécutées, en entier, sur les biens ordinaires. Tout au contraire, en disposant exclusivement de ses biens personnels spécialement désignés, le *de cujus* a exprimé de la manière la plus explicite l'intention que ses libéralités fussent uniquement à la charge de la succession régulière.

Nous sommes donc fondés à conclure que l'ascendant donateur ne peut être tenu, d'une manière quelconque, d'acquitter la portion de libéralité qui n'a pas été fournie par la partie disponible des biens ordinaires et qui doit être annulée comme entamant la réserve; de sorte qu'il reste bien avéré que, parmi les principes que nous avons posés comme base de notre système, le premier, le second et le quatrième sont parfaitement exacts. En est-il ainsi du troisième ?

Demante, qui adopte, comme nous, le système de la dualité (*oper. citat.*), recule devant son application, pour le

cas où l'ascendant donateur est appelé à la fois aux deux successions. Il réunit alors, dit-il, deux qualités..., il semble donc, qu'à titre de donateur, il doive, sauf les retranchements ci-dessus, prendre, par préciput et hors part, les biens par lui donnés qui se trouvent en nature; après quoi la réserve se calculerait, comme celle de tout autre héritier, sur les biens ordinaires. « Toutefois, » ajoute-t-il, il est peut-être équitable de ne point accorder » ce cumul à l'ascendant donateur et de l'obliger à imputer » sur sa réserve, calculée alors sur la totalité des biens, le » montant de la reprise qu'il exerce comme ascendant » donateur. Cela paraît d'autant plus raisonnable que son » droit de retour légal est entièrement subordonné à la » volonté du défunt. Or, il est assez probable que le défunt, » s'il a donné ou légué les autres biens de sa succession, » entendait que l'ascendant donateur ferait cette imputation » qui n'a, d'ailleurs, rien de contraire aux principes, » puisque la reprise qu'il exerce est à titre d'héritier. »

Ce tempérament nous paraît inadmissible. En effet, relativement aux biens par lui donnés, l'aïeul n'est pas le cohéritier des ascendants ordinaires; de plus, les biens qu'il reprend en sa qualité de donateur n'ont pas été distraits de la succession régulière; ils ne doivent donc point y être rapportés. Donc, l'aïeul n'aura point à les imputer sur la succession ordinaire, ni sur la réserve dont le partage et la dévolution s'opéreront abstraction faite des biens donnés; ce qui permettra à l'ascendant donateur de réclamer intégralement ses droits de réserve dans la succession ordinaire, tout en bénéficiant de la succession anormale, « à l'exclusion » de tous autres, » conformément à l'article 747.

Assurément, nous reconnaissons, avec Demante, que, pour l'aïeul, le droit au retour légal « est entièrement » subordonné à la volonté du défunt. » Mais, sans aucun doute, aussi, les libéralités ne se présument pas; et, du moment que le *de cujus* donataire a conservé les biens à lui

donnés, le droit de réversion doit s'appliquer. Nous ne voyons pas, d'ailleurs, qu'il soit « assez probable » que le défunt, s'il a donné ou légué ses biens personnels, « entend » dait que l'ascendant donateur ferait cette imputation. » Nous croyons avoir suffisamment réfuté cette observation déjà présentée par Duranton, Besy et plusieurs autres auteurs; de sorte qu'il nous semble juridique de poser en principe, avec MM. Aubry et Rau, que « lorsqu'il y a lieu à » retour légal au profit d'un ascendant et que ce dernier, » se trouvant également appelé à la succession ordi- » naire, jouit d'une réserve, les deux droits s'exercent » séparément et indépendamment l'un de l'autre. Ainsi, » l'ascendant donateur, qui est en même temps héritier » à réserve, n'est pas tenu d'imputer sur sa réserve le » montant des biens qu'il reprend en vertu de son droit de » retour. Telle n'est pas, il est vrai, la doctrine de Chabot » sur l'article 747, n° 15, et de Toullier, v. 129... Mais leur » doctrine sur ce point est erronée, si l'on se rappelle que » la réserve est un droit de succession *ab intestat*.... » et que... « si l'on imputait les biens donnés par l'ascendant » sur sa réserve..., on supposerait la possibilité de faire » entrer dans la réserve une portion de biens qui ne fait pas » précisément partie de la succession *ab intestat*, et que » l'ascendant donataire recueille, au contraire, en vertu » d'un titre spécial » (747).

A plus forte raison, n'admettons-nous pas, avec Grenier (*oper. cit.*), que, en semblable hypothèse, le père donateur ait droit, à la différence de la mère (ascendante ordinaire), à une double réserve : l'une sur les biens ordinaires et l'autre sur les biens donnés. « Je crois, dit à ce sujet » M. Demolombe, avoir précédemment démontré qu'il ne » peut être question de réserve sur les biens donnés par » l'ascendant donateur qui ne vient pas à la succession » ordinaire. Comment donc, sa qualité d'héritier ordinaire » pourrait-elle modifier sa qualité d'ascendant donateur ? »

Mais, dira-t-on, le système du dédoublement ne saurait recevoir application, dans le cas où l'ascendant donateur serait seul appelé à la succession. Car, évidemment, il n'y a point de place à dualité là où il y a confusion d'intérêts ! Ce sentiment serait illusoire : un exemple le fera comprendre. Supposons une succession de 40,000 fr., composée de 20,000 fr. de biens personnels et de 20,000 fr. de biens donnés. Supposons, en outre, que ces derniers, se retrouvent en nature dans la succession, alors que les premiers ont été aliénés à titre gratuit. Dans le système de la dualité, l'ascendant donateur prendra, d'une part, tous les biens donnés (747), et, d'autre part (913), le quart des biens ordinaires, soit 25,000 fr., tandis que, dans le système de nos adversaires, il ne prendrait que le quart du patrimoine tout entier, soit 10,000 francs.

Que notre conclusion soit donc celle-ci : Il faut voir deux successions dans celle qui comprend, tout à la fois, des biens donnés et des biens personnels : la succession anormale et la succession régulière. Donc, la réserve et la quotité disponible ne se calculent que sur les biens compris dans cette dernière. Quant à la première, elle est exclusivement recueillie par l'ascendant. Mais il n'y a droit qu'en sa qualité de donataire et conformément à l'article 747, d'où la conséquence qu'il ne peut, à son égard, prétendre aucun droit de réserve. La dualité ne cesse qu'au cas où le défunt a disposé des biens donnés ou dans l'hypothèse de renonciation, de prédécès ou d'indignité de l'ascendant donateur ; quant à la contribution, elle n'a lieu que pour les dettes, les dispositions de quotité et les dispositions de quantité.

§ 2

Masse des biens donnés ou légués.

A la masse héréditaire il convient d'ajouter les biens donnés ou légués, attendu que leur valeur aurait augmenté celle de la succession *ab intestat*, s'ils fussent restés dans le patrimoine du défunt.

1. *Libéralités testamentaires.* — Il n'y a guère de difficulté concernant les legs : ils doivent être comptés pour le calcul du disponible et de la réserve; à moins, s'il s'agit de legs rémunératoires ou de restitution, que les services et le vol ne soient prouvés et de nature à fonder une action en justice, auquel cas ils devraient être négligés. Que si le défunt a légué à l'un de ses débiteurs sa libération, il va de soi que la créance qui forme ainsi l'objet du legs, doit être comprise dans la masse pour sa valeur nominale, si le débiteur était solvable, et pour sa valeur réelle, si le débiteur était insolvable.

2. *Donations entre-vifs.* — En principe, tous les biens donnés doivent être réunis à la masse (922). Quelques observations sont cependant nécessaires.

La question, si controversée, avant l'ordonnance de 1731, à savoir si les donations faites par contrat de mariage et même les constitutions de dot, étaient des libéralités sujettes à la légitime, est aujourd'hui définitivement tranchée dans le sens de l'affirmative. Il est certain, en effet, que, vis-à-vis de la femme, la donation ou la constitution de dot sont de pures libéralités. On ne devrait donc en faire abstraction, pour le calcul du disponible et de la réserve, que dans l'hypothèse où les biens donnés échapperaient au rapport, aux termes de l'article 1573, car il est de principe que ce qui n'est point rapportable à la succession en faveur des co-

héritiers, ne saurait être rapporté à la masse fictive, qui doit déterminer le disponible.

Nul doute, d'ailleurs, que les biens donnés aux héritiers doivent entrer en ligne de compte pour le calcul du disponible. Cette décision fut, il est vrai, longtemps rejetée par la Cour suprême, en conséquence d'une fausse application de l'article 857, mais elle reconnut son erreur, *consultis classibus*, à la date du 8 juillet 1826.

Et, en effet, il n'existe point dans notre droit deux réserves, l'une ayant pour objet la masse héréditaire, calculée suivant l'article 922, et applicable, lorsque le défunt n'a point disposé à titre gratuit en faveur de ses héritiers, l'autre calculée uniquement sur les biens exstants et les biens donnés à des étrangers et applicables dans l'hypothèse inverse. Au surplus, il n'y avait pas lieu d'invoquer ici l'article 857. Les donataires et légataires ne demandaient point, en effet, le rapport, mais simplement l'application de l'article 922, qui ne distingue pas.

Enfin il est aujourd'hui reconnu par la Cour régulatrice, que l'on doit tenir compte, pour le calcul du disponible et de la réserve, des biens compris dans un partage d'ascendant.

En voici les motifs :

1° La généralité de l'article 922 comprend le partage d'ascendant. La vérité est, en effet, que l'ascendant a, lui aussi, gratifié ses enfants par donation entre-vifs ;

2° Il n'est pas concluant d'invoquer le caractère irrévocable du partage. Est-ce que telle n'est pas l'essence des donations entre-vifs ? Assurément oui. Et pourtant l'article 922 est applicable à leur égard.

3° On a beau objecter (Troplong, *oper. cit.*) que notre système annihilerait « tous les avantages du partage d'ascendant, s'il fallait rapporter à la succession des biens déjà » partagés, remanier ce que le père de famille a fait dans » l'intérêt de tous ; qu'il n'y aurait pas de différence entre

» un avancement d'hoirie et un partage d'ascendant, entre
» un pacte de famille consommé entre tous les enfants, et
» portant sur tous les biens, et une libéralité faite à l'un
» des enfants, individuellement, sans dessaisissement in-
» tégral et avec pensée de rapport. » Cette objection n'est
que spécieuse ; et M. Demolombe fait observer avec raison
qu'elle repose sur la confusion du rapport entre cohéri-
tiers, réglé par les articles 843 et suivants, et la réunion
fictive que prescrit l'article 922. Dans le premier cas, il y
a réunion définitive. Dans le second, il y a réunion
simplement fictive, dans le but unique de permettre la dé-
termination du disponible ; et, de même, qu'en consé-
quence de l'opération régie par l'article 922, les donations
anciennes conservent leurs préférences sur les donations
récentes, nonobstant le cumul qui en a été réalisé : de
même on laisse subsister, *in integrum*, le partage entre-vifs
et, par suite, ses avantages, jusqu'à concurrence du dispo-
nible.

Nous avons fait observer que, sous l'empire du Code, les
actes à titre onéreux ne sont point sujets à réduction, sauf
la preuve du déguisement.

Or, le législateur présume le déguisement, dans certains
cas, que nous devons, en ce moment, signaler.

a. — Il existe une première présomption de fraude
concernant les sociétés universelles : « Nulle société uni-
» verselle, porte l'article 1840, ne peut avoir lieu qu'entre
» personnes respectivement capables de se donner ou de
» recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point dé-
» fendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. »
L'interprétation de ces derniers mots a fait naître des
doutes. C'est ainsi que Delvincourt en concluait que la loi
moderne interdisait les sociétés universelles entre toutes
personnes qui ne jouissaient point réciproquement de la
liberté absolue de disposition. Mais on s'entend aujour-
d'hui à reconnaître que la solution de Delvincourt est

inadmissible, puisqu'elle aurait pour conséquence une prohibition presque absolue de ce genre de sociétés. Les rédacteurs du Code ont eu simplement pour but d'empêcher que, par la formation des sociétés universelles¹, on ne trouvât le moyen de violer indirectement les lois relatives à la quotité disponible. Or, pour atteindre ce résultat, le législateur de 1804 n'avait nul besoin de décider que les sociétés universelles contractées entre personnes dont l'une mourrait en laissant des enfants ou des ascendants, serait radicalement nulle : il suffisait de déclarer réductible le bénéfice découlant, pour les autres associés, de l'existence d'une société de ce genre. Et tel est, en effet, l'esprit de la loi.

b. — L'article 854 contient, *à contrario*, une présomption nouvelle. Voici ses termes : « Pareillement il n'est pas dû » de rapports pour les associations faites sans fraude » entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. » Cette disposition qui n'est que l'application du principe posé dans l'article 853, à savoir que l'héritier n'est point tenu de rapporter les profits qu'il « a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentent aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites », a pour résultat de poser en principe une présomption de déguisement, pour l'hypothèse où la société aurait simplement été constatée par acte sous seing privé, auquel cas, tous les avantages que le successible associé aurait retirés de ce contrat, seraient soumis au rapport et à la réduction. Que si, au contraire, la société avait été constatée par acte authentique, le rapport, et par suite la réduction, atteindraient exclusivement les profits que présentait le contrat, à l'époque de sa formation, abstraction faite de ceux provenant d'événements ultérieurs (853).

c. — Nous trouvons, enfin, une troisième exception au principe que les contrats à titre onéreux échappent à la

réduction dans l'article 918. Du moment que le Code voulait, dans l'article 919, repousser l'égalité aveugle exigée par la loi de nivôse, conformément au sentiment de Mirabeau et par application des anciens principes des coutumes d'égalité parfaite, le législateur moderne devait logiquement regarder comme valables les aliénations faites par le *de cujus* à l'un de ses successibles, soit à charge de rente viagère, soit à fond perdu ou avec réserve d'usufruit. Toutefois, comme la quotité disponible ne doit pas être dépassée, et que le plus souvent les arrérages de la rente viagère ou le prix de la nue-propriété, dans le cas où l'aliénation est faite avec réserve d'usufruit, ne sont point payés à l'aliénateur, qui néanmoins en donne quittance, la loi nouvelle, tout en maintenant lesdites aliénations, leur imprime un caractère différent de celui que les parties leur ont donné, c'est-à-dire les regarde comme de simples donations, sujettes, par suite, à la réduction.

« La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fond perdu ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée, porte l'article 918, sur la portion disponible; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe, qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale. »

On le voit, la présomption de libéralité que nous étudions, est fondée sur deux éléments : 1° sur la nature de la convention ; 2° sur la qualité des personnes entre lesquelles cette convention intervient. Il faut, en effet, pour qu'elle ait lieu : (a) que l'aliénation dont s'agit, soit à charge de rente viagère, à fond perdu ou avec réserve d'usufruit ; (b) que l'acquéreur soit l'un des successibles réservataires de l'aliénateur.

a. — *Nature de la convention.* — L'aliénation à charge

d'une rente viagère est celle qui est faite à la condition pour l'acquéreur de payer, à certaines époques périodiques, certaines prestations, durant la vie de l'aliénateur.

L'aliénation à fond perdu, résulte d'un acte qui transmet à l'acquéreur la propriété d'un immeuble ou d'une somme d'argent, moyennant, soit la prestation d'une redevance viagère quelconque, comme dans la précédente hypothèse, soit moyennant la jouissance qui est conférée à l'aliénateur d'un droit quelconque, pour sa vie, tel que, par exemple, l'usufruit d'un autre immeuble. On dit, ici, que le fonds est perdu, non parce que la propriété de la chose aliénée sort irrévocablement des mains du vendeur, ce qui a lieu dans toute espèce d'aliénations non subordonnées à une condition résolutoire, mais bien parce que ses héritiers ne retrouveront pas, dans la succession de leur auteur, l'équivalent de la chose aliénée, du moment qu'on suppose que les prestations périodiques seront consommées, au fur et à mesure de leur échéance. On ne pourrait, par conséquent, ranger parmi les aliénations à fond perdu, comme l'a fait Duranton, celle opérée, moyennant une constitution de rente perpétuelle. La rente sera, en effet, dans l'espèce, toujours là, dans le patrimoine de l'aliénateur, au lieu et place de la chose aliénée.

On ne doit pas également poser en principe que l'aliénation avec réserve d'usufruit est invariablement une aliénation à fond perdu. Il est vrai qu'il en serait ainsi, dans le cas où l'aliénateur se réserverait, comme équivalent de la nue-propriété, une rente viagère ou des prestations périodiques, mais il en serait tout autrement, si, outre l'usufruit, il stipulait, au lieu et place de la nue-propriété, un capital.

Donc, en résumé, l'article 918 ne régit que deux espèces d'aliénations : 1^o les aliénations à fond perdu ; 2^o les aliénations avec réserve d'usufruit.

A l'égard des premières, on s'est demandé si notre article était applicable, non-seulement dans le cas où la rente viagère doit être servie à l'aliénateur lui-même, mais encore dans l'hypothèse où la rente doit être servie à un tiers.

L'affirmative nous semble devoir être admise. Et en effet : 1° l'esprit de la loi exige qu'on applique d'une manière générale l'article 918, attendu que, dans l'espèce, nous sommes encore en présence d'un droit viager dont la durée est incertaine, de sorte qu'il est impossible de savoir, *à priori*, si le disponible n'a point été dépassé : « Qui pourrait voir, par exemple, dit Bayle-Mouillard (*sur Grenier*), » autre chose qu'une libéralité dans l'aliénation faite par » un père à l'un de ses enfants, à la charge par celui-ci de » servir une rente pendant la vie d'un centenaire? » La loi, d'ailleurs, cherche ici à déjouer la fraude. Or, ne serait-il pas à craindre, si l'on suivait le système contraire, que l'on fit intervenir un tiers comme *credi* rentier, alors qu'il ne serait qu'une personne interposée, un créancier simulé? 2° on ne saurait conclure avec Vernet de ce que « l'attribution de l'usufruit de la chose vendue, à un autre que » le *de cujus*, ne constituant pas une vente avec réserve » d'usufruit, il n'y aurait pas lieu d'appliquer, en ce cas, la » présomption de l'article 918, » la même décision doit être présentée en notre espèce. Car si nous remarquons, avec cet auteur, que « nous sommes dans une matière *strictissima* » *interpretationis*, » nous déciderons, au contraire, que l'article 918 est applicable, car il prévoit, d'une manière générale et sans distinction, les aliénations à charge de rente viagère.

Que s'il s'agit d'une aliénation faite moyennant tout à la fois un capital et une rente viagère, on ne doit appliquer l'article 918 que pour la portion des biens aliénés dont le prix est représenté par la rente viagère et non pour la portion dont le prix est représenté par le capital. En.

d'autres termes, il faut considérer l'aliénation comme ayant un caractère mixte et la traiter, par suite, comme une vente ordinaire jusqu'à concurrence du capital versé par l'héritier et comme une aliénation à fond perdu pour l'excédant. On arrivera, dans notre système, à déterminer la portion de la valeur du bien aliéné qui devra figurer dans la supputation du disponible en soustrayant du chiffre représenté par l'objet aliéné, lors de sa transmission, le capital versé par le successible, attendu que la valeur que doit représenter la rente viagère est forcément la différence entre les deux premiers. On évitera ainsi l'estimation toujours délicate du droit viager.

On s'accorde aujourd'hui à décider, contrairement à l'opinion de Marcadé, que l'article 918 régit les aliénations en général, c'est-à-dire tant les donations déguisées que les donations simples. « La généralité du mot *aliénation*, dit » avec raison Demante, comprend les donations comme les » ventes et les constitutions de rente... » Peu importe également la nature de l'objet aliéné : meubles, immeubles, capital ou argent. Déjà, d'ailleurs, la loi de nivôse affectait ce caractère de généralité, puisqu'elle prévoyait « toutes » donations à charge de rente viagère ou ventes à fonds » perdus. » Or, la première rédaction de l'article 918 lui-même comprenait expressément : « la valeur en pleine pro- » priété des biens donnés à charge de rente viagère et de » ceux vendus à fonds perdus ou avec réserve d'usu- » fruit. » Sans doute, le terme *donations* disparut dans la rédaction définitive ; mais comme il résulte des travaux préparatoires que cette modification dans la formule de la loi se glissa sans discussion aucune, il faut croire que ce fut uniquement dans un but de simplification : le mot *aliénation* étant général. Nous ajouterons seulement que, parmi les auteurs qui partagent notre avis, M. Demolombe enseigne que, s'il convient d'appliquer notre texte aux actes qui affectent ouvertement le caractère de donations, il est

cependant juridique de ne point généraliser la portée qu'il avait sous la loi de nivôse et lors du projet, de sorte que l'article 918 serait uniquement applicable aux donations à charge de rente viagère.

b. — Il faut, avons-nous dit en second lieu, pour que la présomption de l'article 918 reçoive application, que l'acquéreur soit en ligne directe le successible de l'aliénateur. Mais quel est ici le sens du mot *successible*? Faut-il entendre par là, comme sous la loi de nivôse, que la qualité d'héritier présomptif est nécessaire, mais suffisante? Cette opinion est assurément fort vraisemblable. Nous voyons, en effet, dans les travaux préparatoires, que la première partie de l'article 918 ne fut admise, après une très vive opposition, que parce que la faculté accordée à l'aliénateur et à l'acquéreur, par la seconde partie de l'article, de valider leur contrat par le concours des cohéritiers, tempérait le rigorisme de la présomption légale; or, cette faculté serait souvent illusoire si, par le mot *successible*, l'article 918 désignait les héritiers véritables. Peut-on, en outre, raisonnablement supposer que les héritiers présomptifs du jour de l'aliénation s'entendront pour sacrifier les intérêts d'une personne qu'ils jugent ne devoir jamais être appelés à la succession et qui, peut-être même, n'existe pas encore. « En vérité, disait Marcadé, ce serait par trop de luxe, » de défiance. »

Ce système, cependant, ne nous paraît pas donner la véritable interprétation de la loi. Il nous paraît, en effet, inexact d'entendre avec certains auteurs, par le mot *successible* du premier alinéa de l'article 918, les héritiers simplement présomptifs; il faut, au contraire, admettre que la loi a en vue les successibles dont la vocation héréditaire est restée intacte et qui, par suite, viennent en concours lors de l'ouverture de la succession. Tel est, en effet, le sens de cette expression, dans la seconde partie de notre article, puisque la loi refuse aux successibles le droit d'exi-

ger la réduction et l'imputation, droit qu'elle n'a pu raisonnablement leur refuser sans leur reconnaître à la fois la qualité d'héritier définitif. C'est ce qui résulte, en outre, de la comparaison de la loi de nivôse avec la loi nouvelle. La loi du 17 nivôse au II, en exigeant, pour écarter la présomption de la loi, le concours des parents du degré le plus proche, repoussait formellement notre point de vue. Or, le législateur de 1804 a remplacé le mot *parent* par le mot *successible*. C'est donc qu'il a voulu adopter des principes différents.

Par suite, nous déciderons que l'article 918 serait inapplicable au cas de renonciation de l'acquéreur en ligne directe. De plus, il ne saurait régir également l'hypothèse où les aliénations qu'il prévoit ont été consenties aux ascendants ou descendants de l'héritier. Il est vrai que, sous l'empire de la loi de nivôse, les deux espèces étaient réglées de la même manière, mais le Code n'a pas reproduit cette assimilation. Ajoutons qu'on ne saurait appliquer l'article 911, car il a trait à l'incapacité et non à l'indisponibilité. On ne reconnaîtrait donc aux réservataires que le pouvoir de prouver la fraude.

D'ailleurs, dans tous les cas d'application de l'article 918, c'est-à-dire lorsque les deux conditions exigées par la loi concourent, la présomption est invincible (1352). L'acte conserve pour le tout le caractère de libéralité. (Contra Laurent.) Or, comme il peut fort bien se présenter des cas où cette présomption serait injuste, le Code permet aux parties de conserver à leur convention le caractère onéreux qu'elle a réellement, en appelant à contrôler l'acte les autres successibles en ligne directe. Si ces derniers, considérant l'aliénation comme sérieuse, consentent à ce qu'elle soit accomplie, la présomption de l'article 918 cesse immédiatement. Que si certains d'entre eux se refusent à voir dans l'aliénation un acte à titre onéreux, il conserve, à l'égard de ces derniers, le caractère de libéralité. Peu

importe, d'ailleurs, que le consentement des héritiers présomptifs soit obtenu lors de l'aliénation ou par acte séparé, avant ou après le contrat, la loi ne fixe aucune époque, de même qu'elle n'exige aucune forme spéciale.

Quant aux héritiers collatéraux, il est certain qu'ils n'ont pas le droit de critiquer les aliénations dont il s'agit, attendu qu'ils ne sont pas réservataires. On doit donc décider, quoiqu'en aient dit Toullier et Duranton, que ces mots de l'article 918, *in fine* : « Ni dans aucun cas » par les successibles en ligne collatérale », n'ont aucun sens ou plutôt ne sont qu'une trace illogique de la loi de nivôse qui accordait une réserve aux collatéraux.

Nous avons jusqu'ici considéré la masse héréditaire, sous le double rapport des biens de la succession et des biens donnés ou légués. Il convient maintenant de rechercher si, dans certaines hypothèses, les mêmes biens ne doivent pas cumulativement entrer en ligne de compte : 1° comme biens existants, et 2° comme biens donnés.

Supposons donc, tout d'abord, que Primus ait donné à Secundus un immeuble de 50,000 fr., et que ledit immeuble soit redevenu la propriété du donateur, de sorte qu'il faille le compter, à son décès, comme bien héréditaire. Les héritiers réservataires de Primus seront-ils également reçus à exiger que l'immeuble dont s'agit soit compté comme bien donné? En d'autres termes, doit-on le considérer pour le calcul du disponible, comme ayant une valeur de 100,000 fr.

Pour répondre à cette question, on pourrait être tenté de poser en principe la distinction suivante : le donateur a-t-il recouvré l'immeuble *ex causâ novâ* (vente, échange)? l'affirmative doit être admise, car la donation est maintenue. A-t-il, au contraire, repris possession du bien donné, *ex causâ antiquâ* (clause de retour, nullité)? la négative doit prévaloir, car la donation est anéantie.

Cette distinction serait cependant trop absolue, et la

négative doit également être admise dans le cas où le donateur aurait recouvré la propriété de l'immeuble en qualité de successeur. C'est qu'en effet, dans cette hypothèse, la donation n'a certainement pas diminué le patrimoine de *Primus* de toute la valeur du bien qui en a été l'objet, attendu que si *Primus* ne l'avait pas donné on le retrouverait, sans doute, dans la masse des biens existants à son décès, mais, réciproquement, la succession qu'il a recueillie aurait été diminuée de la valeur de ce même bien qui ne doit, en conséquence, être compté qu'une fois, à moins, bien entendu, que l'immeuble n'ait été détérioré par *Secundus* donataire, auquel cas, on devrait le compter comme bien donné jusqu'à concurrence de la moins-value occasionnée à l'immeuble par la libéralité dont il a été l'objet, et sauf le cas également où *Primus* ne viendrait point seul à la succession. On comprend sans peine, en effet, que, dans cette hypothèse, la solution inverse devrait être appliquée jusqu'à concurrence de la fraction de l'immeuble échue en partage à ses cohéritiers : son patrimoine se trouvant diminué d'autant.

M. Demolombe, qui partage cette opinion, ajoute que le bien donné ne devrait être également compté qu'une fois, dans le cas où il serait rentré dans les mains du donateur, *donationis causâ*. A notre sens, la doctrine du savant professeur devrait être suivie, en effet, dans le cas où il serait reconnu que la première donation a été la cause de la seconde. Encore devons-nous faire cette réserve que, en semblable hypothèse, il n'en faudrait pas moins ajouter à la valeur des biens rentrés dans le patrimoine du donateur le montant des détériorations imputables au donataire puisqu'elles n'auraient pas eu lieu, si l'immeuble n'avait pas été donné à *Secundus*. Mais, abstraction faite de ce cas, nous rejetons l'avis de l'éminent jurisconsulte. Et, en effet, toutes les fois qu'on se trouve en présence de deux libéralités indépendantes l'une de l'autre, peut-on sérieusement nier

que l'immeuble donné et recouvré dont la valeur est, nous le supposons, de 100,000 fr., représente réellement 200,000 fr. dans le patrimoine de *Primus*? Non certes, car la succession de ce dernier comprend : 1° les 100,000 fr. qu'il a donnés, et 2° les 100,000 fr. dont il a été gratifié par son donataire, et qui, par hypothèse, lui auraient été également donnés à défaut de la première libéralité.

Nous n'avons jusqu'ici raisonné que dans l'hypothèse d'une seule succession. Que devons-nous décider dans le cas où le donateur et le donataire venant à décéder l'un et l'autre, leurs deux successions sont ouvertes au profit du même héritier réservataire? Ce dernier pourra-t-il exercer cumulativement son droit de réserve : 1° sur la succession du donateur, et 2° sur la succession du donataire, de manière à ce que, après avoir compté le bien donné dans celle des deux successions qui a été ouverte la première, on doive, en outre, le compter dans la seconde.

Non, répond M. Demolombe. « Se peut-il, dit cet auteur, » que ce même bien qui, sur sa demande, a été compté » dans la succession du donateur comme s'il y était rentré, » soit aussi, sur sa demande, compté dans la succession du » donataire, comme s'il y était toujours resté! »

Cette argumentation nous paraît inexacte. La vérité est, en effet, selon nous, que l'héritier à réserve, lui, n'a jamais regardé la donation comme non avenue; il a simplement obéi aux prescriptions de l'article 922 et opéré la réunion fictive des biens donnés aux biens existants au décès dans le but de reconstituer le patrimoine du défunt tel qu'il aurait été à défaut de toute libéralité.

Quoi qu'il en soit, le système contraire enseigné par MM. Aubry et Rau conduit à des conséquences trop inadmissibles pour nous séduire.

Sait-on, en effet, continue M. Demolombe, ce qui pourrait résulter de la doctrine contraire? « C'est que ce droit de » réserve envahissant pourrait, à lui seul, absorber la

» totalité des deux successions ! et en voici un exemple :
» *Primus* et *Secundus* sont deux frères qui ont encore leurs
» père et mère. *Primus* a un immeuble de 20,000 fr. et *Se-*
» *cundus* un immeuble de 10,000 fr. *Primus* donne d'abord à
» *Secundus* la moitié de son immeuble, soit 10,000 fr.
» *Secundus*, riche à son tour de 20,000 fr., donne ensuite
» lui-même ces 20,000 fr. à *Primus*, savoir : l'immeuble de
» 10,000 fr. qui lui était propre et l'immeuble de 10,000 fr.
» que son frère lui avait donné. Voilà donc maintenant
» *Primus* qui a 30,000 fr., à savoir : l'immeuble de 10,000 fr.
» qu'il avait conservé et l'immeuble de 20,000 fr. que son
» frère lui a donné. Cela posé, *Secundus* meurt le premier,
» et il n'y a rien dans sa succession ; mais il a donné
» entre-vifs à *Primus*, son frère, un immeuble de 20,000 fr. ;
» les père et mère en réclament, en conséquence, la
» moitié, chacun un quart, pour sa réserve (art. 915), soit
» 10,000 fr. *Primus* meurt ensuite ; on trouve, comme
» biens existants dans sa succession, 30,000 fr. d'immeu-
» bles. Et, d'après la doctrine que nous combattons, il faut
» y réunir fictivement l'immeuble de 10,000 fr. qu'il a
» donné entre-vifs à *Secundus*, son frère, d'où il résulte
» une masse totale de 40,000 francs. Les père et mère
» en réclament aussi la moitié pour leur réserve, soit
» 20,000 francs. Et la conclusion ? la voici : la totalité
» de ces deux successions réunies, qui était de 30,000 fr.,
» aura été dévorée par la réserve des père et mère ! Est-ce
» qu'un tel résultat est possible ! un résultat qui arrive à
» trouver 40,000 fr. là où il n'y a jamais eu que 30,000 fr.,
» et qui détruit, successivement, la quotité disponible dans
» l'une et l'autre succession ! »

Cette conséquence, est, en effet, inadmissible ! Sans doute, à certains égards, le calcul de M. Demolombe prête matière à la critique. C'est ainsi qu'il est inexact de prétendre qu'à la mort de *Primus* « on trouve comme biens » existants, dans sa succession, 30,000 fr. d'immeubles. »

Car, lors du décès de *Secundus*, ses père et mère ont fait réduire de moitié, pour leur réserve, la donation dont le défunt avait gratifié *Primus*. Celui-ci n'a donc conservé sur la libéralité à lui faite par *Secundus* que la somme de 10,000 fr. Et comme il ne possédait personnellement que 10,000 fr., il n'a donc maintenant que 20,000 fr. et c'est uniquement cette somme que l'on trouve dans sa succession, de sorte qu'ici, encore, la réserve des père et mère n'est que de 10,000 fr., au lieu de 20,000 fr. comme le prétend M. Demolombe. Mais il reste toujours vrai d'observer que le système contraire a pour effet d'attribuer aux père et mère une réserve de 20,000 fr. sur une masse qui ne s'élève pourtant qu'à 30,000 fr., alors que la loi ne leur reconnaît que 15,000 francs.

§ 3

Estimation et addition des deux Masses.

Il ne suffit pas de connaître les biens existants et les biens donnés, il faut aussi, pour savoir si la quotité disponible a été dépassée, procéder à leur évaluation.

I. ESTIMATION DES BIENS. — *a.* — *Évaluation des biens existants au décès.* — Et d'abord, les biens trouvés dans la succession doivent s'estimer d'après leur valeur à l'époque du décès. C'est, qu'en effet, c'est à cette époque que prend naissance le droit des héritiers réservataires, qui souffriront ou profiteront seuls des changements survenus depuis. Au surplus, l'estimation pourra se faire soit à l'amiable, soit judiciairement; mais, dans tous les cas, elle devra avoir lieu, suivant le prix réel des biens, et contradictoirement entre les intéressés.

b. — *Évaluation des biens donnés.* — L'estimation des biens donnés se fait également d'après leur valeur au temps du décès. Mais il faut tenir compte en même temps, dit

l'article 922, de leur état à l'époque des donations. L'estimation doit donc être diminuée du montant de la plus-value, qui est l'œuvre personnelle du donataire ou de ses ayants cause, et augmentée réciproquement de la moins-value à lui imputable ou, du moins, qui a été réalisée par un tiers, dans un esprit de malveillance à son égard. De plus, et à l'inverse, il convient de tenir compte de tous les changements survenus depuis l'époque de la donation par cas fortuit ou force majeure, et qui auraient eu lieu également si la donation n'avait point été faite.

Vernet enseigne avec raison, d'après Lebrun (*op. cit.*), que l'on devrait faire abstraction des dégradations commises par le donataire dans le cas même où il serait insolvable et où la donation qui lui a été faite serait sujette à réduction. Bon nombre d'auteurs, il est vrai, pensent que, dans l'espèce, on ne doit compter le bien donné que pour sa valeur réelle au jour du décès. Tel était, disent-ils, l'opinion de Pothier, d'après lequel « le donataire les ayant » dissipés, c'est par rapport à la légitime la même chose » que si le défunt les eût dissipés lui-même. »

Mais outre que cette opinion ne repose sur aucun texte, il est certain, quoi qu'en ait dit Pothier, que, relativement à la question qui nous occupe, le fait du donataire n'est point assimilable au fait du donateur ; car l'article 922 ne prescrit point d'estimer les biens d'après leur état et valeur au temps du décès du donateur, mais, au contraire, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au jour du décès ; ce qui suppose, comme nous l'avons déjà fait observer, qu'il faut comprendre fictivement dans la succession les biens ainsi donnés pour toute la moins-value que le fait du donataire a occasionnée. Enfin, on doit se garder de confondre notre hypothèse avec celle d'une créance sur un insolvable ; car la valeur de cette dernière étant nulle, le *de cujus*, en en disposant, n'a point diminué son patrimoine, de sorte qu'il ne peut être question à son

égard de réunion fictive à la masse ; au lieu que la disposition qui a eu pour objet le bien donné, a été, pour le patrimoine du défunt donateur, la source d'une perte ou moins-value, dont l'article 922 exige que l'on tienne compte.

Nous nous rallions, au contraire, à la majorité des auteurs, sur le point de savoir si le mode d'estimation que prescrit l'article 922 est applicable aux meubles comme aux immeubles. Assurément, la négative semble, au premier aspect, fort vraisemblable. Aussi, avait-elle rallié les suffrages des premiers commentateurs du Code. Telle était l'ancienne doctrine, dit Grenier. Duplessis, Auroux des Pommiers, etc..., en donnaient la raison bien plausible que, à la différence des immeubles, les meubles n'augmentent point de prix, mais déperissent, au contraire, tous les jours.

Il semble qu'il en doit être de même sous le Code, et, à plus forte raison, d'après l'état estimatif prescrit par l'article 948, condition que n'exigeait point l'ordonnance de 1731 (*Donat.*, t. II, n° 450).

« L'étranger donataire d'un mobilier valant 30,000 fr.,
» disait, en ce sens, Levasseur, mais qui, au bout de dix ans,
» ne se trouve valoir que 3,000 fr., tant à cause de la dété-
» rioration inévitable par l'usage, qu'à cause de la détériora-
» tion accidentelle des modes, peut-il offrir de rapporter fic-
» tivement à la masse une somme de 3,000 fr., tandis qu'il a
» reçu une valeur réelle dix fois plus forte? L'héritier
» donataire d'un pareil mobilier, sera tenu, s'il vient à
» succession de rapporter 30.000 fr., mais si, par sa renon-
» ciation, il devient étranger, alors il ne sera comptable que
» de 3,000 fr. Faut-il qu'il dépende de sa volonté de causer
» un si grand préjudice à ses cohéritiers? Si la succession
» est onéreuse et que le mobilier de 3,000 fr. soit le seul
» objet donné, les cohéritiers du donataire seraient presque
» entièrement privés de leur légitime, supputée seulement
» sur le dixième de la valeur de l'objet donné! »

Quoi qu'il en soit, Grenier, lui-même, ne pouvait s'em-

pêcher de reconnaître que « la discussion qui a eu lieu au » Conseil d'Etat, sur l'article 922, apprend qu'on a eu l'intention d'établir une différence entre le cas du rapport » à succession et celui d'un rapport fictif à la masse des » biens sur laquelle les réserves doivent être prises, et qu'on » a entendu, en conséquence, que le mot *biens* qui est, dans » cet article, et ceux-ci, *d'après leur état à l'époque des » donations et leur valeur au temps du décès du donateur*, se » rapportaient autant aux effets mobiliers qu'aux immeubles. » Et telle est, en effet, notre opinion. La proposition faite par Maleville et Tronchet, au Conseil d'Etat, de distinguer les meubles des immeubles en estimant les premiers d'après leur valeur, lors de la donation, fut rejetée sur les observations de Bigot-Préamoneu, pour le motif qu'il y a une grande différence entre la réduction destinée à compléter la réserve et le rapport destiné à rétablir l'égalité entre cohéritiers, que, par suite, le donataire avait dû se croire propriétaire irrévocable, au lieu que l'héritier avait dû savoir que sa donation serait sujette au rapport. Et c'est pourquoi l'article 922 est général et ne distingue pas. Nous serions seulement portés à croire que l'article 922 est inapplicable aux denrées et marchandises destinées à être vendues et rapidement consommées. C'est que, en effet, on ne peut, en semblable hypothèse, supposer raisonnablement avec l'article 922 que les biens donnés ne sont pas sortis du patrimoine du donateur, et il semble juridique de les comprendre dans la masse héréditaire pour leur valeur, à l'époque des donations.

II. ADDITIONS DES DEUX MASSES. — Dès que l'estimation des biens est opérée, l'addition des deux masses doit être faite, afin de connaître ainsi le montant de l'actif brut. De plus, comme c'est seulement sur l'actif net que l'on doit calculer la quotité disponible et la réserve, il importe de procéder ensuite à la déduction des dettes.

§ 4

Déduction des Dettes.

La déduction des dettes est, comme on le voit, la quatrième opération : elle porte sur la double masse des biens existants et des biens donnés. Un exemple fera comprendre son utilité. Paul meurt laissant 50,000 fr. d'actif, 50,000 fr. de passif et un enfant. En admettant qu'il ait donné entre-vifs 50,000 fr., quelle serait la réserve de l'enfant si on ne déduisait pas les dettes avant de calculer le disponible? Elle serait nulle. En effet, la réunion fictive des biens donnés aux biens existants forme un total de 100,000 fr., et comme la réserve de l'enfant ne s'élève qu'à la moitié.... il resterait 50,000 fr., c'est-à-dire la moitié, pour le disponible. Celui-ci ne pourrait donc être entamée par la réduction.... et comme, d'un autre côté, l'héritier réservataire, en sa qualité de continuateur de la personne du défunt, se trouverait seul tenu des dettes qui s'élèvent à 50,000 fr., il résulterait que sa qualité d'héritier privilégié serait inefficace. La déduction des dettes doit donc précéder le calcul du disponible et de la réserve.

Ajoutons cependant que si cette opération porte, en principe, sur la double masse des biens existants et des biens donnés, il est d'évidence qu'elle ne peut s'exercer que sur les biens existants lorsque le *de cujus* a laissé une succession obérée, c'est-à-dire dont l'actif est épuisé par le passif.

Et, en effet, soit 100,000 fr. de biens existants au décès, 100,000 fr. de biens donnés, 200,000 fr. de dettes et un fils. Si nous suivons textuellement l'article 922, les 200,000 fr. de dettes seront payés sur la double masse des biens existants et des biens donnés, c'est-à-dire sur 200,000 f. Et l'enfant qu'aura-t-il? rien! les créanciers auront tout,

en dépit de l'article 921 !! La solution vraiment exacte doit donc être celle-ci : Le défunt laisse autant de dettes que de biens ; donc il ne laisse rien et dès lors la réserve doit être calculée sur la totalité des biens donnés entre-vifs, sans qu'il y ait lieu de lui faire subir aucune déduction ; donc l'enfant aura droit à 50,000 fr.

En vain objecterait-on que l'article 922 peut être appliqué, même dans notre hypothèse, attendu que la déduction des dettes sur les biens donnés ne sera que fictive, et qu'en conséquence les biens existants au décès, seuls, serviront à les payer. Ce système deviendrait, en effet, la source d'une nouvelle injustice. Soit toujours 100,000 fr. de biens existants, 100,000 fr. de biens donnés, 200,000 fr. de dettes et un fils. Appliquons notre article 922 : 1° d'une part, l'enfant sera évidemment fondé à dire aux donataires : « L'actif doit servir à payer le passif ; par suite, la quotité » disponible est nulle. Rendez-moi donc les 100,000 fr. » par vous reçus ! » 2° D'autre part, il pourra dire aux créanciers : « Mon père a laissé 100,000 fr., les voilà.... » Quant aux 100,000 fr. de biens donnés, vous ne sauriez » y prétendre, car j'ai accepté sous bénéfice d'inventaire, » de telle façon que je ne suis point tenu à votre égard des » obligations du défunt. » Or, n'est-il pas clair qu'un tel système qui aurait pour conséquence de supprimer la quotité disponible au profit de l'enfant réservataire violerait ouvertement l'article 915 et ne saurait être accepté ?

Il nous faut donc conclure avec Vernet, que « l'inexactitude que présente la rédaction de notre article provient » sans doute de ce que les rédacteurs du Code ont raisonné » *de eo quod plerumque fit* » et n'ont eu en vue que le cas où l'actif du défunt dépasse son passif.

Nous plaçant nous-même à ce point de vue, nous ferons observer que la déduction ne doit avoir pour objet que des dettes qui étaient obligatoires contre le défunt et pour le paiement desquelles des poursuites judiciaires pourraient

être exercées contre la succession. Du reste, de même que l'on compte, dans la masse des biens, les créances que le défunt avait contre son héritier, de même, il faut compter, dans le passif, les créances que cet héritier possédait contre le *de cujus*. Il faut déduire également les frais funéraires, de scellés, d'inventaire et de partage. Si les dettes sont conditionnelles ou douteuses, on a recours soit à l'estimation à forfait, soit à des cautions. Lorsque le défunt était tenu solidairement avec d'autres débiteurs d'une dette dont il ne devait définitivement supporter qu'une part on peut traiter comme une dette conditionnelle la chance à laquelle le défunt se trouve exposé de payer toute la dette sans pouvoir recourir utilement contre ses codébiteurs qui seraient devenus insolvable. Il doit en être de même de la chance à laquelle le défunt qui a cautionné une dette se trouve exposé de la payer sans recours efficace contre le débiteur principal. On doit, à l'inverse, faire abstraction des dettes naturelles qui ne diminuent pas réellement la succession. Que s'il se trouvait, enfin, dans la succession, des rentes viagères passives, trois moyens pourraient être employés : 1° on pourrait déduire de la succession la valeur à laquelle elles seraient estimées à forfait ; 2° on pourrait encore distraire à l'amiable et provisoirement de la masse un capital dont le revenu serait suffisant à la prestation des arrérages de la rente ; 3° enfin on pourrait éviter toute déduction, si les donataires et les réservataires se donnaient respectivement caution de fournir leur part contributive dans les annuités à payer jusqu'à l'extinction de la rente.

§ 5

Calcul du disponible et de la réserve sur l'actif net. — Théorie de l'imputation.

La déduction des dettes une fois opérée, il est facile de savoir si la réserve n'a pas été entamée, car la solution résulte de la comparaison entre la valeur des libéralités faites par le *de cujus* et le montant de celles que la loi lui permettait de faire. Cependant, il est nécessaire aussi de connaître la théorie de l'imputation.

Et, d'abord, dans quel cas les libéralités du défunt doivent-elles être imputées sur la réserve? La réponse n'est pas douteuse. Nous avons essayé de démontrer, en effet, que la réserve était, sous l'empire du Code, la succession *ab intestat* diminuée du disponible. L'imputation devra donc s'accomplir sur la réserve toutes les fois que la donation ou le legs qu'elle aura pour objet aura été fait sans clause de préciput à un héritier direct venant à la succession. L'héritier doit, en effet, imputer sur sa réserve tout ce qu'il recueille à titre héréditaire.

L'imputation sur la réserve doit, au surplus, avoir lieu, quel que soit le nombre des héritiers directs appelés à la portion indisponible. Il semble, il est vrai, que, par application de l'article 857, l'on ne puisse imputer que sur le disponible les biens donnés ou légués à l'héritier à réserve qui vient seul à la succession. Mais la vérité est que, dans l'espèce, les donataires ou légataires, loin de réclamer le rapport, s'efforcent uniquement de se soustraire à la réduction. C'est que, en effet, suivant l'expression de Lebrun, « il serait fort injuste qu'un fils comblé des » bienfaits de son père vint accuser son testament et » donner atteinte à de légères libéralités dont le père aurait

» voulu reconnaître l'amitié de quelqu'un » (Sic, Dumoulin, sur *Nivernais*, art. 11, c. 27).

Certains auteurs, qui admettent cette solution, enseignent cependant que si les biens dont le *de cujus* avait gratifié son héritier présomptif réservataire excédaient le montant de sa réserve, ils ne devraient être imputés sur la portion indisponible que jusqu'à concurrence des valeurs auxquelles lui donne droit sa qualité d'héritier privilégié, de sorte que, pour le surplus, ils devraient être imputés sur le disponible.

— Mais alors, répliquons-nous, que deviennent les articles 843 et 919, qui ne permettent au réservataire de conserver, en outre de sa réserve, que les libéralités préciputaires? Evidemment, un tel système est absolument inadmissible. Et c'est pourquoi, sans aucun doute, MM. Aubry et Rau, qui l'avaient adopté dans leur troisième édition, ont cru devoir le repousser dans la quatrième. Il va de soi, en effet, qu'au moyen de l'avancement d'hoirie, le *de cujus* a entendu nantir ses enfants de la réserve et rester maître de son disponible, les libéralités qu'il a faites à des tiers ne portent, par suite, aucune atteinte à la réserve de ses enfants, puisqu'ils en sont déjà nantis; et, dès lors, à quel titre seraient-elles réductibles?

Arrivons maintenant aux libéralités imputables sur le disponible.

Si le donataire ou le légataire n'a point, en même temps, la qualité d'héritier, la règle est absolue : l'imputation des biens par lui reçus se fera sur le disponible. En conséquence, alors même que la donation ou le legs aurait été fait à une personne qui était héritière présomptive, au jour de la libéralité, elle serait imputable sur le disponible si le donataire mourait sans enfants pour le représenter, avant l'ouverture de la succession. Même solution pour le cas où le fils du donataire prédécédé viendrait, de son chef, à la succession, car il n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, eût-il accepté la succession de

celui-ci (848). Que si on objecte que le petit-fils profite ainsi de la donation faite par son aïeul à son père, et peut réclamer, malgré cela, sa réserve entière, nous répondrons que s'il devait imputer sur sa réserve le don fait à son père, il pourrait arriver que ce dernier, ayant tout dissipé, l'enfant ne recueillît rien dans le patrimoine de son aïeul, malgré sa qualité d'héritier réservataire.

Il en serait ainsi, encore, de la libéralité faite à l'héritier renonçant (785). Elle devrait être invariablement imputée sur le disponible et sur le disponible seulement. Mais, c'est là, nous l'avons vu, une des plus célèbres controverses de notre droit moderne.

On doit encore imputer sur le disponible les aliénations faites à charge de rente viagère, à fond perdu ou avec réserve d'usufruit à des successibles en ligne directe. L'article 918, que nous avons déjà examiné, est formel à cet égard.

Enfin, c'est sur le disponible seulement que les libéralités faites aux héritiers réservataires, avec clause de préciput, sont imputables. Il est constant, en effet, que tout bien donné ou légué, de quelque manière et à quelque personne que ce soit, ne peut, tant que le donataire ou le légataire le possède en cette qualité, ou à tout autre titre que celui d'héritier réservataire, être considéré comme une portion de la réserve.

Aux deux classes de libéralités que nous venons d'étudier et que nous avons déclarées imputables, les unes sur la réserve, les autres sur le disponible, il convient d'en ajouter une troisième comprenant les libéralités qui ne sont imputables ni sur la réserve ni sur le disponible.

C'est ainsi que les avantages prévus par l'article 842 ne sont imputables ni sur la réserve, car ils ne sont point rapportables, ni sur la quotité disponible, puisque ce sont moins là des libéralités qui ont enrichi les donataires aux dépens du patrimoine paternel, que des dépenses

imposées au *de cuius*, par ses devoirs de père de famille ou qu'il a faites, pour sa satisfaction personnelle et pour l'honneur de sa maison.

SECTION V

De l'exercice de la réduction.

§ 1

Ordre de la réduction.

Comme en Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, les donations entre-vifs ne sont sujettes au retranchement qu'après les dispositions testamentaires dont l'existence ne date que de l'époque du décès. Mais le législateur moderne, après quelque hésitation (puisque le projet consacrait l'ancienne doctrine et la généralisation de la quarte Falcidie de nos pays de droit écrit), rompit avec la pratique des pays coutumiers, en n'exigeant point que le légataire universel fût le premier soumis à l'action en retranchement, de manière à être tout à la fois tenu de souffrir la réduction et de payer les legs particuliers.

« Si l'on donnait la préférence aux légataires particuliers, » remarqua Cambacérès, on interpréterait la volonté du » défunt contre la présomption naturelle que le légataire » universel est celui qu'il a voulu le plus favoriser. » Au surplus, ajouta Malleville, le testateur sera toujours libre de déclarer qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres.

Aujourd'hui donc, peu importe le caractère différent des dispositions testamentaires; la réduction, le cas échéant, doit avoir lieu proportionnellement. Peu importe aussi la forme des testaments, la date, l'ordre de l'écriture, l'objet, enfin, des libéralités. Ce n'est que dans l'hypothèse où le *de cuius* a exprimé formellement une volonté contraire

(927), que l'ordre de retranchement édicté par la loi reçoit dérogation.

Il est vrai que, nonobstant le principe de la réduction proportionnelle, il pourra se faire, même de nos jours, qu'un légataire universel n'ait rien, alors que les légataires à titre particulier seront, sinon intégralement, du moins partiellement payés; mais il est certain que ce résultat, loin d'avoir pour cause le retranchement, ne se produira plus que dans les diverses hypothèses où le montant des legs particuliers sera aussi considérable ou supérieur, non-seulement à la masse des biens disponibles, mais encore à celle des biens exstants. Soient, par exemple, une masse héréditaire de 200,000 fr., un légataire universel, trois légataires particuliers, l'un de 120,000 fr., le second de 20,000 fr. et le troisième de 60,000 fr. Il y a trois enfants, Evidemment, l'ensemble des legs particuliers égalant le chiffre des biens de la succession, peu importe l'acceptation ou la renonciation des réservataires; le légataire universel ne recevra jamais rien, car, au cas de renonciation des héritiers directs, les légataires particuliers prendront tout; au cas d'acceptation, ils ne prendront que le quart de ce qu'ils auraient pris, c'est vrai, mais le légataire universel, qui doit être réduit dans les mêmes proportions, n'aura rien, puisque $\frac{0}{4} = 0$.

Que si, dans la même espèce, nous supposons que les legs particuliers n'excèdent pas la moitié, nous dirons : A défaut d'héritiers réservataires, le légataire universel aurait eu droit à 100,000 fr. Mais il y a trois enfants; donc, la réduction devra s'opérer pour les trois quarts, et chacun des légataires ne retenant que le quart de la portion qu'il aurait eue en l'absence des enfants, le légataire universel prendra 25,000 fr.; le premier légataire particulier, 15,000 fr.; le second, 2,500; et le troisième, 7,500.

Enfin, supposons un légataire à titre universel du quart des biens et deux légataires particuliers, dont l'un de

60,000 fr. et l'autre de 12,000 fr. La succession est de 200,000 fr. — S'il n'y avait pas d'enfants, nous dirions : le légataire à titre universel, prenant le quart des biens, doit acquitter le quart des legs particuliers; il ne prendra donc que 50,000 fr., moins 18,000 fr., soit 32,000 fr. De leur côté, les légataires à titre particulier prendront l'un 60,000 fr. et l'autre 12,000 fr. L'excédant, 96,000 fr., reviendra aux héritiers ordinaires. Mais il y a trois enfants : le disponible ne s'élève donc qu'à 50,000 fr., et comme il faut partager cette somme entre les légataires, dans la proportion de 32, 60 et 12, nous aurons successivement :

1^o Pour le légat. univ. — $x : 50,000 :: 32,000 : 104,000 = 15,384$

2^o — 1^{er} légat. particul. — $y : 50,000 :: 60,000 : 104,000 = 28,840$

3^o — 2^e légat. particul. — $z : 50,000 :: 12,000 : 104,000 = 5,768$

Avant d'en finir avec la réduction proportionnelle des dispositions testamentaires nous devons trancher une difficulté que fait naître l'amphibologie des termes de l'article 1009, combiné avec l'article 926. Il est ainsi conçu : « Le légataire universel, en concours avec un » héritier réservataire, est tenu d'acquitter tous les legs, » *sauf le cas de réduction*, ainsi qu'il est dit aux articles 926 » et 927. » Voici quel est, à notre sens, l'esprit de la loi. Dans la pensée du législateur, les dettes doivent être payées non-seulement par le légataire universel mais encore par les héritiers réservataires, chacun, au prorata de leur émolument. Mais il en est autrement des legs particuliers. Ces derniers sont exclusivement à la charge du légataire universel, attendu que c'est lui qui a, en totalité, l'unité destinée à les payer, le disponible. Ainsi donc, le mot *tous* employé par la loi, dans l'article 1009, trouve sa raison d'être dans l'espèce d'antithèse que les rédacteurs du Code ont voulu établir entre les dettes et les legs particuliers. Tandis que les dettes doivent être acquittées par le légataire universel et les réservataires proportionnellement

à leur part héréditaire, les legs particuliers ne doivent être supportés que par le légataire universel qui les paiera intégralement ou leur fera subir *une réduction*, suivant qu'il y aura lieu d'appliquer l'article 927 ou l'article 926.

Ainsi entendu l'article 1009 n'offre évidemment pas d'antinomie avec l'article 926. Cependant les termes : « *sauf* » réduction » qu'il emploie ont soulevé une difficulté nouvelle. Le législateur, a-t-on dit, paraît bien supposer, par les mots *sauf réduction*, que le légataire universel peut être à l'abri du retranchement, dans certaines hypothèses, et cela, même lorsqu'il concourt avec un héritier à réserve. Et pourtant, à vrai dire, il semble qu'une personne appelée par le *de cujus* à recueillir l'universalité de son patrimoine, doive invariablement être réduite par le concours d'un parent de la ligne directe.

Il est une hypothèse, cependant, où la lettre de la loi se justifie fort bien. Supposons, en effet, que, dans le cas de concours d'un enfant avec un légataire universel, l'héritier réservataire ait reçu entre-vifs à titre d'avancement d'hoirie une quantité de biens suffisante à le remplir de sa réserve; évidemment, l'imputation sur la réserve, à laquelle il sera tenu de soumettre les libéralités par lui reçues, aura pour résultat de mettre le légataire universel à l'abri de toute action en retranchement; car la quotité disponible dont il est appelé à recueillir le montant ne saurait être entamée au profit de l'enfant.

Lorsqu'il y a lieu de réduire les donations entre-vifs, on doit, par application de l'article 923, opérer en commençant par « la dernière donation et ainsi de suite, en remontant » des dernières aux plus anciennes. » Ce sont celles, en effet, dont la date est la plus récente qui ont porté atteinte à la portion indisponible et qui doivent, par suite, subir, les premières, le retranchement.

La règle de l'article 923 est, du reste, absolue et ne comporte pas de distinction. La réduction devra donc se

faire invariablement par ordre de dates, non-seulement en l'absence de toute disposition du donateur relative au retranchement, mais encore en dépit de toute clause contraire, car il est de principe, dans notre droit, que, *donner et retenir ne vaut*. De même, peu importe, pour l'application de notre texte, la nature des donations ou la qualité des donataires. Dans tous les cas, la règle est la même : nous ne faisons donc aucune distinction au sujet des donations de biens présents faites entre époux pendant le mariage. Il est vrai que, suivant Duranton, dans le cas où l'époux donateur a fait postérieurement d'autres donations qui ne comprennent pas spécialement les biens donnés au conjoint, mais qui, réunies aux libéralités antérieures, dépassent la quotité disponible, « la révocation doit porter d'abord sur » le don fait au conjoint, avant de s'exercer sur les donations » irrévocables qu'il a faites à d'autres personnes, quoique » postérieurement. Le donateur, en les faisant, est censé » avoir voulu que les réserves se prissent d'abord sur les » objets dont il pouvait encore librement disposer. Il révo- » quait ainsi implicitement le don fait au conjoint, pour » tout ce qui devenait nécessaire au fournissement des » réserves, et qu'il comprenait dans ses nouvelles dona- » tions. Sous ce rapport, on peut assimiler aux legs les » donations entre époux faites pendant le mariage, puis- » qu'elles sont révocables comme les legs. »

Cette opinion est inadmissible : aussi a-t-elle été depuis longtemps réfutée. Si on devait la suivre, observait Marcadé, « cette prétendue révocation ne résulterait pas » seulement d'une donation irrévocable, elle résulterait tout » aussi bien d'un legs fait postérieurement au don des » conjoints ; car le défunt aurait tout aussi bien manifesté, » par un testament que par une donation entre-vifs, la » prétendue volonté d'attribuer à un autre le disponible ou » la part de disponible dont il avait d'abord fait don à son » conjoint ! » Il y a même plus. Si la présomption invoquée.

par Duranton était fondée, il en découlerait également que le legs fait jusqu'à concurrence du disponible par un premier testament se trouverait, par l'effet d'un second testament, annulé dans les proportions nécessaires au fournissement de la réserve entamée par les dernières dispositions testamentaires. Or l'inadmissibilité d'un tel résultat (926) est une preuve incontestable de l'inadmissibilité du principe qui lui sert de base. Et, en effet, pourquoi présumer chez le disposant l'intention de révoquer les libéralités faites à son conjoint? N'est-il pas plus vraisemblable de supposer qu'à l'époque des donations postérieures, il s'est fait illusion sur ses propres ressources : « *Sæpe* » enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines », écrivaient judicieusement les rédacteurs des *Institutes*. Il est donc peu probable que le donateur ait eu la pensée de préférer des étrangers à son époux. Au reste, admettons pour un instant, avec Duranton, que la présomption sur laquelle il s'appuie soit fondée, ne sait-on pas que l'article 927, en exigeant une déclaration expresse du testateur, indique de la manière la plus explicite que le législateur n'a pas voulu qu'on s'attachât à des présomptions, quelles qu'elles fussent, pour être admis à modifier l'ordre légal du retranchement?

Vernet qui, comme nous, repousse le sentiment de Duranton, estime cependant que « si la donation entre » époux avait pour objet des biens à venir, elle serait » réductible avant toutes les autres donations entre-vifs » même postérieures en date, mais après les donations » testamentaires. » Cette nouvelle distinction nous paraît arbitraire. Sans doute, « une pareille donation est essen- » tiellement révocable », mais n'en est-il pas de même des donations de biens présents que le savant professeur déclare pourtant irréductibles avant les libéralités postérieures, par ce motif péremptoire et conforme au texte de l'article 926, qu'une révocation ne saurait être présumée?

Vernet a beau prétendre que « le droit de l'époux » donataire, ne portant que sur des biens à venir, ne peut, » à cause de son objet, rétroagir jusqu'au jour du contrat » et ne prend date que du jour du décès, d'où il suit que » l'époux donataire doit subir la réduction avant que l'on » puisse attaquer les donations entre-vifs. » Nous croyons, au contraire, que l'objet même d'une donation de biens à venir ne peut mettre un obstacle à son effet rétroactif : n'est-il pas vrai de dire, en effet, que le droit du donataire a pu, dès le jour et l'heure du contrat, affecter le patrimoine du donateur, dans son ensemble, et indépendamment de ses divers éléments ? assurément oui ; et c'est pourquoi, sans aucun doute, d'après Vernet lui-même, l'institution contractuelle ordinaire, qu'elle n'ait pour objet que des biens à venir, ne doit être réduite que d'après la date du contrat de mariage dans lequel elle a été faite. Les auteurs, en effet, s'entendent à reconnaître que le donataire contractuel est investi d'un véritable droit conditionnel auquel les libéralités postérieures du disposant ne peuvent porter atteinte sur ceux des biens à lui donnés que celui-ci laissera à son décès.

C'est une question bien plus agitée que de savoir si l'insolvabilité des donataires actionnés en réduction doit retomber sur les réservataires ou si elle doit, au contraire, être à la charge des donataires antérieurs.

D'après MM. Aubry et Rau, le réservataire peut réclamer sa réserve tout entière aux donataires antérieurs. Les savants auteurs invoquent, à l'appui de cette doctrine, l'article 923. La réduction, porte cet article, se fera en commençant par les donations les plus récentes et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. Cette opinion qui, dans la pratique, arriverait à l'anéantissement de la quotité disponible était autrefois enseignée par Lebrun.

Pothier, qui examina la question, pensait que l'insolvabi-

lité du dernier donataire devait être supportée tant par le réservataire que par le donataire antérieur : « Au surplus, » disait-il, en ce cas, il ne faudra point comprendre en la » masse des biens qu'on compose pour régler la légitime, ce » qui a été donné au dernier donataire insolvable tout comme » on ne compterait pas ce que le donateur aurait dissipé, ce » qui fera monter la légitime à moins ». Mais, malgré l'autorité considérable de Pothier dont l'avis est aujourd'hui partagé par la majorité des auteurs et, notamment, par MM. Ragon et Demolombe, nous croyons préférable de décider, avec Lemaître, que le réservataire doit porter seul tout le poids de l'insolvabilité du dernier donataire. Nous avons, en effet, admis dans nos explications précédentes que, contrairement à l'avis de Pothier, mais conformément à l'art. 922 du Code civil, les biens détruits ou dégradés par le fait d'un donataire insolvable doivent invariablement être compris dans la masse pour toute la valeur qu'ils auraient eue, s'il n'avaient pas été donnés. D'autre part, il est constant que l'action en retranchement ne saurait justement atteindre les libéralités autres que celles qui ont porté atteinte à la réserve.

§ 2

Comment s'opère la réduction ?

En conséquence du principe que la réserve est une portion de la succession *ab intestat*, nous avons déjà décidé qu'elle doit être fournie en nature.

Dans son application aux dispositions testamentaires, cette règle ne souffre pas de difficulté. Seulement, dans le cas où l'objet légué ne sera pas commodément partageable (1868), la vente s'en fera aux enchères, et le prix en sera partagé entre les réservataires et les légataires. De plus, dans l'hypothèse où le bien légué ne sera point

susceptible de licitation, il y aura lieu de l'attribuer au légataire à la charge par celui-ci de payer à l'héritier une somme d'argent qui lui tienne lieu de réserve.

Appliquée aux donations entre-vifs, notre règle devient plus complexe, et nous sommes tenus d'user de distinctions et de sous-distinctions. C'est qu'en effet, si le mode de réduction en nature est encore généralement employé lorsque les donataires sont restés propriétaires des biens donnés, il ne peut, à l'inverse, lorsqu'il doit être exercé à l'encontre des tiers acquéreurs, être suivi que subsidiairement. De plus, dans le cas même où la réduction doit être intentée contre les donataires eux-mêmes, il y a lieu de distinguer, pour l'application de notre principe, si le donataire est un étranger ou si, au contraire, il vient à la succession. Est-il étranger? Le retranchement se fait en nature. Est-il héritier? Les articles 866 et 924 nous tracent des règles spéciales.

Article 866. — « Lorsque le don d'un immeuble fait à un » successible avec dispense de rapport excède la portion disponible, le rapport de l'excédant se fait en nature, si le » retranchement de cet excédant peut s'opérer commodément. Dans le cas contraire, si l'excédant est de plus de » moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la » valeur de la portion disponible : si cette portion excède la » moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut retenir » l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement. »

Article 924. — « Si la donation entre-vifs réductible a été » faite à l'un des successibles, il pourra retenir sur les biens » donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait » comme héritier, dans les biens non disponibles, s'il sont » de la même nature. »

Ainsi donc, aux termes de l'article 924, l'héritier donataire avec clause de préciput peut, au cas de réduction,

retenir (outre le disponible) sa part de réserve sur les biens à lui donnés, pourvu qu'ils soient de la même nature.

D'après l'article 866, au contraire, le réservataire gratifié ne peut retenir, au cas où la réduction peut s'opérer commodément, que la quotité disponible. Bien plus, au cas où le retranchement rencontre des difficultés et où l'excédant de valeur du bien donné sur le disponible est de plus de la moitié, ledit bien doit rentrer pour le tout dans la masse partageable.

L'antinomie qui semble exister entre ces deux textes a donné naissance à l'une des controverses les plus passionnées de notre droit moderne.

« On ne saurait s'imaginer, dit Troplong sur l'article 924, à combien d'interprétations forcées une disposition si naturelle a donné naissance. Il semblerait presque que cet article 924 serait un des textes célèbres dont on trouve des exemples dans le Droit romain, et qui ont été la croix des interprètes ».

Depuis la rédaction du Code, en effet, six systèmes ont été soutenus.

Suivant Maleville et les auteurs des Pandectes françaises, l'article 866 se réfère uniquement à l'héritier acceptant, tandis que l'article 924 prévoit l'hypothèse d'un héritier renonçant auquel, à l'exemple de l'ordonnance de 1731 (art. 34), le législateur moderne permet de retenir sa réserve sur le don par lui reçu. Mais nous croyons avoir démontré que, sous le Code, il faut être héritier pour prendre part à la réserve. Donc, il s'agit dans l'article 924, de même que dans l'article 866, d'un donataire acceptant la succession.

L'opinion de Grenier n'était pas plus admissible. Elle consistait, en effet, à soutenir, en dépit des termes formels de l'article 866, que l'article 924 était applicable au partage comode, à la différence de l'article 866, qui visait spécialement le partage incommode.

Plus ingénieux, mais non moins divinatoire, est le système que professa Duranton. Il est ainsi conçu : « On » doit joindre la portion héréditaire de l'héritier dans » l'immeuble qui ne peut se partager commodément à la » quotité ou à la portion de la quotité disponible qui lui a » été donnée par préciput pour voir s'il doit être ou non » obligé de faire le rapport en nature; si le tout réuni » s'élève au moins à la valeur de la moitié de l'im- » meuble, le rapport en nature ne peut pas être exigé, sauf » à l'héritier à indemniser ses cohéritiers pour l'excédant de » valeur. Dans le cas contraire, le rapport doit se faire » en nature, si les cohéritiers l'exigent, et s'il n'y a pas, » d'ailleurs, d'autres immeubles de même valeur et bonté » dont on pourrait former des lots à peu près égaux pour » les autres cohéritiers; car, s'il y en avait, le rapport de » cet excédant ne devrait pas plus être exigé en nature que, » en pareil cas, ne peut l'être le rapport ordinaire et » proprement dit. » On n'a pas de peine à comprendre, à la simple lecture des textes qu'il s'agit de concilier, que l'interprétation de Duranton est absolument inadmissible. Où trouve-t-on, en effet, dans le Code, le droit exceptionnel pour l'héritier donataire par préciput de garder intégralement le bien à lui donné, en cas de partage incommode, quand il n'a droit à plus de la moitié dudit bien, qu'au moyen du cumul de sa part dans la réserve et de la quotité disponible? Dans l'article 866? Non certes! car cet article ne permet de conserver l'immeuble en totalité que si la quotité disponible seulement excède la moitié de la valeur de l'immeuble. — Dans l'article 924? non, encore, puisque l'article 924, loin de lui permettre de cumuler sa part de réserve et la quotité disponible pour être admis à retenir intégralement l'immeuble, par application de la maxime : « *Major pars trahit ad se minorem* », ne prévoit nullement le cas. C'est que, en effet, du moment que, d'après l'article 866, la remise en nature dans la succession du bien

simplement rapportable, est obligatoire toutes les fois que le partage étant incommode la quotité disponible, seule, est inférieure à la moitié de sa valeur, il eût été assez étrange que, dans l'espèce de l'article 924, c'est-à-dire dans le cas où le bien donné est non-seulement rapportable, mais encore réductible, le législateur ne prescrivit la remise en nature que dans l'hypothèse où la valeur du bien donné excéderait à la fois, de moitié, le disponible et la réserve cumulés.

Nous rejetons également l'opinion de M. Dalloz (1), qui décide que, dans le cas de partage commode, l'article 866 est toujours seul applicable; mais, qu'à l'inverse, pour le cas de partage incommode, les deux articles combinés doivent être suivis, l'article 866, en ce qu'il fait suivre la maxime : *Major pars trahit ad se minorem*, pour savoir si l'on doit attribuer l'immeuble entier à la succession ou à l'héritier et l'article 924, en ce que, dans l'application de cette règle, la quotité disponible et la part de l'héritier donataire dans la réserve, doivent être additionnées; qu'au surplus, on ne doit jamais tenir compte des mots : « *s'ils* » sont de la même nature. » Ce système a le tort de rendre inapplicable l'article 924 au cas de partage commode, c'est-à-dire d'établir une distinction là où la loi ne distingue point. De plus, il tombe sous le coup des arguments de textes invoqués contre la doctrine de Duranton, enfin, comme il est incontestable que la fin de l'article 924 a été ajoutée à dessein, sur les observations du Tribunat, M. Dalloz, en la déclarant inutile, modifie la loi au lieu de l'interpréter, de sorte que son argumentation a le double défaut d'être erronée et de violer la volonté du législateur.

Marcadé, à son tour, affronta la difficulté. Loin de voir,

(1) *Jurisprudence générale*, dispositions entre-vifs et testamentaires (première édition).

comme M. Dalloz, *une antinomie très réelle* (Comp. Levasseur, *op. cit.*, n° 162) entre les articles 866 et 924, le savant auteur déclare que « l'article 924 ne présente aucune » contradiction ni aucune dérogation à l'article 866 ; il » prévoit un cas tout différent, cas auquel cet article 866 » ne saurait s'appliquer, alors même que notre article 924 » serait effacé du Code... Ainsi, quand la réduction ne doit » enlever au précipitaire qu'une fraction de l'immeuble, » c'est le cas de l'article 866, et le nôtre ne s'applique pas ; » si cette réduction, au contraire, doit enlever l'immeuble » entier au donataire, c'est le cas de notre article, et l'article 866 n'a plus d'approbation possible. »

Quelle que soit l'autorité de Marcadé, nous ne croyons pas, avec Vernet, que ce soit « à ce système d'une » exactitude parfaite qu'on doit se rallier. » Sans doute, nous pensons nous-même que l'article 866 « ne peut pas » être invoqué par un précipitaire auquel la réduction enlèverait l'immeuble entier. » Il ne saurait être question, en effet, ici, de distinguer si l'immeuble est ou non commodément partageable, et, par suite, il y a tout lieu de croire que le législateur, dans l'article 866, n'a point prévu le cas où le bien donné, sans dispense de rapport, serait intégralement indisponible. Néanmoins, dans le silence de la loi, nous ne saurions accepter la distinction établie par Marcadé, relativement à l'application de l'article 924. Cette disposition, en effet, ne distingue pas ; nous dirons même plus : elle ne saurait distinguer, attendu que celui, en faveur duquel la réserve n'a été que partiellement entamée par les libéralités du *de cujus*, ne doit pas être moins bien traité par le législateur que celui dont la donation est totalement révocable, et doit, par suite, aussi bien que ce dernier, pouvoir retenir, « sur les biens donnés, » la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme » héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la » même nature. »

Selon nous, il faut pour résoudre la question, établir une ligne de démarcation entre l'article 924 et l'article 866. Ces deux dispositions sont applicables, en effet, à des personnes et à des hypothèses différentes.

— Et d'abord, quant aux personnes, l'article 866 est général ; il s'applique à tous les successibles, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. L'article 924, au contraire, suppose uniquement pour donataire un héritier à réserve.

— De plus, relativement aux hypothèses prévues par ces articles : l'un, l'article 924, prévoit le cas où la masse héréditaire des biens existants comprend des biens de la nature de ceux donnés avec clause de préciput, en dehors des limites légales ; l'autre, l'article 866, a trait uniquement au cas d'une donation faite par une personne qui ne laisse pas dans sa succession d'autres immeubles dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres héritiers.

On a fait, il est vrai, une objection : « Ce système serait » parfaitement admissible, a dit Vernet, si l'histoire de » la discussion ne nous avait pas appris que l'article 924 » avait d'abord été adopté sans qu'il contint aucune con- » dition de similitude de nature entre le bien donné et » les biens restés dans la succession, ce qui prouve que ce » n'est pas pour régler le cas où cette similitude existerait » que l'article a été fait. Nous sommes donc obligés de » rejeter ce système »

Cette critique n'est pas sérieuse. Nous aussi, nous pensons que l'article 924 n'a pas été, dans le principe, rédigé en vue de cette hypothèse spéciale, et nous ne saurions raisonnablement le nier. Mais ce fait, loin de contredire notre opinion, la corrobore et la justifie. Oui, disons-nous, les rédacteurs du projet avaient pour but, dans cette disposition, d'indiquer le mode de réduction qui frapperait les biens donnés à des héritiers à réserve, en violation des règles sur le disponible, et prescrivaient, à ce sujet, la réduction en moins prenant. Mais lors de la rédaction défi-

nitive, la remise en nature fut édictée pour le cas où la succession ne comprendrait point des immeubles de même nature que ceux donnés à l'héritier, et cela, sur l'invitation du Tribunat, qui fit remarquer, avec raison, que les donations faites en violation, tout à la fois de l'égalité des partages et de la réserve, ne devaient point être plus favorisées que les libéralités simplement rapportables, et que, par suite, on devait, logiquement et *à fortiori*, les astreindre à la remise en nature, dans tous les cas où elle était déclarée obligatoire dans le chapitre des rapports; et c'est alors que furent ajoutés les mots : *s'ils sont de la même nature*, dans le but bien certain d'indiquer que la remise en moins prenant ne serait possible au profit des réservataires que dans l'hypothèse unique où la succession comprendrait d'autres biens dont on pourrait former des lots à peu près égaux pour les autres héritiers.

Avons-nous besoin de démontrer maintenant que l'article 866, comme nous le prétendons, prévoit exclusivement le cas où il ne se trouve point dans la masse héréditaire des biens de la même nature que ceux possédés par le donataire? Qu'on jette les yeux sur l'article 859, et l'on y verra que le rapport en nature des donations immobilières est subordonné à la double condition : « que l'immeuble donné » n'ait pas été aliéné par le donataire et qu'il n'y ait pas, » dans la succession, d'immeubles de même nature, valeur » et bonté, dont on puisse faire des lots à peu près égaux, » pour les autres cohéritiers. » Or, l'article 866 pose en principe l'obligation, pour l'héritier donataire, de rapporter en nature l'excédant du bien donné sur la quotité disponible. Ce n'est que par exception, et dans le cas où le partage de l'immeuble, ainsi soumis à la remise en nature, ne pourrait se faire commodément, que le second alinéa de cette disposition permet, suivant les circonstances, le rapport en moins prenant, par application de la maxime : *Major pars trahit ad se minorem*. Nous devons donc con-

clure que cet article suppose seulement le cas où le donataire n'a point aliéné les biens à lui donnés, et où le défunt n'a point d'autres immeubles dont on puisse allotir les autres successibles.

Vainement objecterait-on que l'article 866, quand il nous parle de rapport en nature, se garde bien de reproduire la distinction de l'article 859. La raison en est évidemment que, dans l'article 866, le législateur ne se proposait point de déterminer les règles déjà fixées du rapport en nature, mais bien plutôt de faire connaître les conséquences différentes résultant de ce que l'immeuble donné serait ou ne serait point facilement partageable.

Ainsi donc, en principe, la réduction, comme le rapport, se réalise en nature : c'est, en effet, en qualité d'héritier, qu'on est reçu à y prétendre; or, tout héritier a le droit (866) d'exiger en nature sa part de succession. Toutefois, à l'exemple aussi du rapport, la réduction a lieu, dans certaines hypothèses, par *équipollent*.

Existe-t-il dans la succession des biens de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres héritiers? C'est le cas de l'article 924. La réduction aura lieu en moins prenant : ce mode d'opérer ne nuira en rien aux autres successibles : et les intérêts du réservataire qui reste ainsi nanti des biens auxquels il s'est peut-être attaché, seront sauvegardés.

N'en existe-t-il point? C'est l'article 866 qui devra recevoir application. En règle générale, donc, la réduction se fera en nature, et l'immeuble sera remis dans la masse partageable, jusqu'à concurrence de ce qui excèdera la quotité disponible. Que si, toutefois, l'immeuble donné n'était pas commodément partageable, on devrait suivre la règle : *Major pars trahit ad se minorem*.

Une nouvelle exception au principe de la réduction en nature, inspirée, sans doute, par le désir d'assurer la stabilité de la propriété immobilière, consiste en ce que, aux

termes de l'article 930, l'action en retranchement, exercée contre le tiers détenteur, est subordonnée à la condition que les biens du donataire aient été préalablement discutés.

Bien que le législateur n'ait pas édicté de règles spéciales au sujet de cette discussion, les auteurs sont d'accord à reconnaître, par suite de la généralité de l'article 930, que la discussion préalable devra porter sur tous les biens mobiliers ou immobiliers du donataire, sans en excepter les immeubles hypothéqués ou situés en dehors du ressort de la Cour d'appel, soit du lieu de l'ouverture de la succession, soit du domicile des réservataires. On pense également que l'article 2022, d'après lequel la discussion doit, à peine de déchéance, être demandée sur les premières poursuites, est inapplicable à notre espèce, et que, par suite, les tiers acquéreurs pourront repousser la réduction, en tout état de cause, jusqu'à ce qu'on leur apporte la preuve de poursuites inutilement intentées contre le donataire. Bien plus, même dans ce cas, on reconnaît aux tiers, par application de l'article 1236, le droit de se soustraire à l'action en réduction, en offrant le versement des sommes que n'a pu procurer ladite discussion. C'est que, en effet, la loi veut que l'aliénation des biens indisponibles soit maintenue, lorsque le donataire est en état de fournir ou de parfaire la réserve. Or, qu'importe aux héritiers réservataires qu'ils soient remboursés par telle personne ou par telle autre : il suffit évidemment qu'ils le soient.

Suivant l'article 930, lorsque les biens des donataires auront été inutilement discutés, « l'action en réduction ou » revendication pourra être exercée par les héritiers contre » les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des don » nations et aliénés par les donataires, de la même manière » et dans le même ordre que contre les donataires eux- » mêmes. » Quelques détails sont nécessaires pour l'intel-

ligence de ce texte. Et d'abord, il n'est pas très exact de dire avec la loi que la revendication s'exercera de la même manière, car, en principe, que la réduction s'exerce en nature, quand elle est intentée contre le donataire. Or, ici, les tiers acquéreurs pourront conserver l'immeuble, en offrant de payer la valeur estimative. Ajoutons qu'il faut bien s'entendre sur les mots : « dans le même ordre... »

S'agit-il d'aliénations accomplies par des donataires différents? On applique aux acquéreurs la disposition de l'article 930, et la réduction a lieu dans le même ordre, que contre les donataires eux-mêmes. En effet, c'est à cause de la révocation du droit de leurs auteurs, que les ayants cause se trouvent atteints par le retranchement. C'est donc seulement dans l'ordre, suivant lequel leurs auteurs auraient été poursuivis eux-mêmes, qu'ils subissent l'action en réduction. S'agit-il, au contraire, d'aliénations successives accomplies par le même donataire avec des personnes différentes? On devra suivre l'ordre des aliénations, en commençant par les plus récentes. Il n'y a pas lieu de s'occuper, en effet, ici, de la date de la donation, puisque tous les biens dont il s'agit ont été donnés en même temps au préjudice de la réserve.

L'article 930 gardant un silence absolu sur les biens mobiliers et n'organisant le recours des réservataires que contre les tiers acquéreurs d'immeubles donnés et aliénés par le donataire, on s'est demandé si l'action en retranchement pourrait être intentée contre ceux qui possèdent de mauvaise foi des meubles corporels donnés en violation des règles sur la quotité disponible et contre ceux qui possèdent, même de bonne foi, des meubles incorporels.

L'affirmative nous semble devoir être admise. Sans doute, les articles 929 et 930 ne nous parlent que d'immeubles. Mais ce ne sont pas ces articles qui servent de base à l'action des réservataires. Le fondement de leur recours se trouve, en effet, dans la faculté que leur reconnaît

la loi, de soumettre au retranchement toutes les libéralités, quel que soit d'ailleurs leur objet, faites en fraude de leurs droits. « Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, porte l'article 920, qui excèdent la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité. » La loi ne distingue donc pas. ,

N'est-il pas vrai, d'ailleurs, que la réserve est un droit de succession, c'est-à-dire un droit réel ayant pour objet les biens eux-mêmes, mobiliers ou immobiliers, que le législateur, dans l'intérêt des parents de la ligne directe, a déclarés indisponibles?

En vain, invoquerait-on contre notre opinion l'autorité de nos anciennes Coutumes. La vérité est, au contraire, que, parmi les jurisconsultes des pays coutumiers, les plus célèbres, tels que Ricard, Lebrun, Pothier, n'établissaient aucune distinction entre les meubles et les immeubles et accordaient, au contraire, invariablement, aux réservataires, le droit de réduction contre les détenteurs. Enfin, alors même que, dans l'ancien Droit, l'action en réduction n'aurait été accordée que contre les tiers détenteurs d'immeubles, on ne pourrait rien en induire pour l'interprétation de notre Droit nouveau, qui a mobilisé les rentes et qui règne à une époque où la fortune mobilière, autrefois *res vilis*, a pris un développement considérable. Nous n'ignorons point, sans doute, qu'il peut être souvent nécessaire, « pour le plus grand intérêt même des futurs » ayants droit, d'aliéner les meubles corporels ou incorporels. C'est ainsi que la Cour de cassation, en même temps qu'elle proclame l'inaliénabilité des créances et des rentes dotales de la femme, admet que le mari peut les transporter seul. » Mais quels que soient les pouvoirs du mari sous le régime dotal, on ne pourrait sérieusement argumenter *a simili* dans l'hypothèse qui nous occupe, attendu qu'à la différence du mari, qui, en sa qualité d'administrateur de la dot, peut conférer des droits opposables à la

femme, le donateur d'objets livrés, en violation des règles sur la réserve, ne peut conférer aucun droit opposable aux héritiers en faveur desquels la loi a établi une portion indisponible. Au surplus, quoi qu'en puisse dire M. Demolombe, nous ne voyons pas que l'intérêt des héritiers directs exige que les meubles puissent être aliénés d'une façon incommutable par les donataires, et il est exact, au contraire, d'affirmer que le droit de les aliéner définitivement exposerait les réservataires à un dépouillement complet au cas d'insolvabilité du gratifié.

SECTION VI

Effets de la réduction.

La réduction a pour résultat de révoquer, jusqu'à concurrence de la portion indisponible, les libéralités qui ont entamé ou absorbé la réserve.

Appliquée aux legs, cette règle ne souffre point de difficulté. La réduction les rend caducs, en totalité, si le défunt avait déjà épuisé la quotité disponible par des donations entre-vifs, pour partie, dans le cas contraire.

Au point de vue des donations, au contraire, la question de savoir quelle est la conséquence du retranchement, nécessite des distinctions. Leur objet consiste-t-il dans des choses fongibles? Les donations sont résolues et le donataire devient débiteur envers les héritiers à réserve, non pas des biens à lui donnés, mais d'une même somme ou de choses, équivalentes *qualitate ac quantitate*. Leur objet consiste-t-il dans des choses qui ne se consomment point *primo usu*? il nous faut établir une sous-distinction; car, selon que le retranchement sera intenté contre le donataire lui-même ou contre les tiers détenteurs des biens donnés, telle ou telle règle devra être suivie. — 1^o la réduction est-elle exercée contre les tiers détenteurs? Nous avons déjà

fait observer qu'au lieu d'appliquer rigoureusement à l'aliénation totale le principe *resoluto jure dantis solvitur et jus accipientis*, le législateur, dans l'intérêt de la libre circulation des biens, respecte le droit des tiers acquéreurs toutes les fois qu'il est possible aux héritiers privilégiés de se procurer le montant de la réserve en discutant les biens personnels du donataire. L'action en réduction est-elle intentée contre le donataire lui-même, attendu qu'il se trouve encore, lors du décès du donateur, propriétaire des biens dont il avait été gratifié? Toute libéralité étant tacitement subordonnée, quant à sa validité, à la condition qu'elle sera réputée non avenue, si elle excède la quotité disponible, la donation est résolue. En conséquence, les biens donnés étant censés n'avoir jamais été la propriété du donataire, ils rentrent, par l'effet de la réduction, dans la masse héréditaire, francs et libres de toute charge constituée par ce dernier.

Dupérier (liv. IV, question 47) avait autrefois prétendu que la donation étant retranchée comme inofficiieuse, par un légitimaire, le donataire pouvait agir pour son indemnité, par action hypothécaire, contre les tiers acquéreurs qui avaient acquis postérieurement à la donation, pourvu qu'elle n'eût pas été excessive, eu égard au temps auquel elle avait été faite, comme si elle n'eût été que de la moitié des biens, et que le donateur eût aliéné depuis et dissipé le reste. Mais cette opinion est inadmissible actuellement, comme elle l'était du temps même de l'auteur. Celui qui donne entend toujours avoir la liberté de vendre ses autres biens; il entre encore dans les vues d'une saine politique, qu'il ait cette liberté, et le donataire n'est pas moins sujet à la réduction de la donation, pour la réserve, s'il y a lieu. Exceptionnellement, d'ailleurs, sous l'inspiration, sans doute, de cette idée que si le défunt les eût perçus lui-même, il les aurait consommé, le législateur (928) permet au donataire de conserver les fruits par lui

perçus depuis l'époque de la libéralité, jusqu'au jour de la succession.

Bien mieux, il faut observer en outre, que si les fruits et intérêts sont dus aux réservataires du jour de l'ouverture de la succession, ce n'est qu'à la condition, pour eux, d'intenter leur demande, dans l'année. Le législateur a cru devoir ainsi sauvegarder l'intérêt des donataires, qui pourraient ignorer le décès du donateur, ou penser, soit qu'il n'y a pas lieu à réduction, soit même que les réservataires ont renoncé à ce recours. Si donc, ces derniers n'intentent pas leur action dans l'année, les fruits et intérêts ne leur seront dus qu'à partir du jour de la demande.

Au reste, ce que nous disons des donataires s'applique également aux tiers détenteurs. Il est vrai que certains auteurs ont prétendu que, de la part de ces derniers, les fruits et intérêts ne sont invariablement dus que du jour de la demande, parce que « le Code a vu » seulement dans le tiers détenteur un possesseur. » Mais telle n'est pas notre opinion. Qui ne voit, en effet, que si ce système était exact, ce ne serait plus à partir de la demande que les tiers détenteurs seraient redevables des fruits, mais bien à dater de la cessation de leur bonne foi ? et cela dans le cas même où l'action en réduction ne serait intentée qu'après l'expiration de l'année de l'ouverture de la succession ? Qui ne voit enfin que si la doctrine de M. Demolombe était fondée, les tiers détenteurs ne seraient point tenus, contrairement à l'opinion enseignée par notre illustre adversaire lui-même, des détériorations qui leur sont imputables, mais devraient uniquement restituer les biens donnés, dans l'état où ils se trouveraient ? Il est donc inadmissible de prétendre que les tiers détenteurs ne sont point débiteurs des fruits par eux perçus depuis l'ouverture de la succession. Et voilà pourquoi l'article 930 les assimile, en tous points, au donataire, en

décidant que l'action en retranchement sera exercée contre eux *de la même manière* et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes.

SECTION VII

Causes d'extinction de l'action en réduction.

La réserve étant attachée à la qualité d'héritier, il va de soi que celui qui renonce à la succession perd tout droit à l'action en réduction. A plus forte raison devrions-nous décider de même, si l'héritier direct avait renoncé à ce recours d'une manière expresse ou tacite. Il est vrai que, d'après Merlin et Delvincourt, cette dernière forme de renonciation est inefficace, et, pour mieux dire, impossible, attendu que la réserve est une portion de l'hérédité et que la renonciation à une succession ne se présume pas (article 784). Mais cet argument a été depuis longtemps réfuté par cette considération qu'il ne s'agit point ici pour l'héritier à réserve, de renoncer à la succession qu'il a tout au contraire, acceptée, mais simplement de renoncer à l'un des droits qui sont entrés dans son patrimoine, à titre héréditaire, et auquel il peut renoncer, comme à tous ceux qui lui appartiennent à un titre quelconque.

Anciennement, il arrivait souvent, surtout dans les pays pauvres, où des fortunes modiques auraient, pour ainsi dire, disparu par des morcellements multipliés, que les père et mère en faisant un héritier ou contractuel, ou testamentaire, fixaient, à l'égard des autres enfants, une légitime en argent, dont l'héritier était chargé : c'est ce qu'on appelait la légitime conventionnelle. Néanmoins Ricard atteste qu'il était généralement admis, dans notre ancienne jurisprudence, que la réception de cette légitime ne constituait pas, au préjudice des enfants, une fin de non-recevoir

de leur action en retranchement ou de leur recours en supplément. Nous croyons que, sous le Code, il faut appliquer l'ancienne doctrine.

Il est plus délicat de décider si, dans le cas où l'héritier réservataire, après avoir renoncé à la succession, veut user de la faculté que lui accorde la loi (790) de rétracter sa renonciation, on doit lui reconnaître le droit d'intenter l'action en réduction. Mais nous pensons que la négative est incontestable. Il est, en effet, « conforme à la véritable » pensée du législateur de maintenir tous les droits qui ont » été acquis aux tiers par l'effet de la renonciation. Cette » pensée, d'ailleurs, se révèle aussi dans son texte même ; » l'article 462, en effet, ne permet au mineur, devenu majeur, ou à ses représentants, de reprendre la succession » d'abord répudiée que dans l'état où elle se retrouvera lors » de la reprise ; ces deux articles 462 et 790 doivent se » compléter l'un par l'autre ; et surtout il est évident qu'un » droit que l'article 462 refuserait au mineur, n'a pas dû » être accordé au majeur par l'article 790 ! » (Demolombe, *op. cit.*)

Enfin l'action en réduction pourrait s'éteindre par prescription.

A l'égard des donataires qui sont tenus personnellement, la prescription s'opérerait invariablement par trente ans. A l'égard des tiers acquéreurs, au contraire, elle pourrait s'opérer par dix à vingt ans. Ceux-ci peuvent, en effet, suivant les circonstances, invoquer le bénéfice de la prescription acquisitive.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

- I. — La légitime était due *jure sanguinis*.
- II. — On faisait abstraction par sa détermination du renonçant et de l'exhéredé *justa causa*.
- III. — La *querela inoffeiosi testamenti* était une action d'une nature mixte, tenant à la fois de la *petitio hereditatis* et de l'*actio injuriarum*.
- IV. — Bien que restreinte dans son application, la plainte d'émifficiosité conserva, sous Justinien, le caractère d'*ultimum subsidium* à l'égard non-seulement des frères et sœurs, mais encore des descendants et ascendants.

HISTOIRE DU DROIT.

Il n'est pas exact de voir dans le douaire une simple extension du morgengabe.

DROIT CIVIL.

- I. — Pour avoir droit à la réserve il faut être héritier.
- II. — On fait abstraction, pour le calcul de la réserve, de l'indigne et du renonçant.
- III. — L'insolvabilité du dernier donataire retombe exclusivement sur l'héritier direct.
- IV. — Le Code n'accorde point de réserve à tout ascendant qui ne vient à une succession que par application de l'article 747.
- V. — L'article 924 n'offre point [d'antinomie avec l'article 866.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les rivières ni navigables ni flottables appartiennent aux riverains.

II. — Les tiers lésés par l'exploitation d'un établissement dangereux ou insalubre, régulièrement autorisé, peuvent poursuivre en dommages-intérêts, devant les tribunaux civils, l'industriel qui le dirige.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — L'article 23, Code de Procédure civile, est applicable à la réintégrande.

II. — Le jugement de défaut-congé n'est autre chose que le renvoi de la demande.

DROIT CRIMINEL.

I. — La peine de mort doit être appliquée avec une grande réserve. Néanmoins, elle doit encore rester inscrite dans nos Codes.

II. La loi pénale a pour fondement la nécessité pour le pouvoir de maintenir et de développer l'ordre social.

DROIT COMMERCIAL ET MARITIME.

I. — L'action est l'intérêt qui est normalement négociable, d'après les statuts de la Société.

II. — L'article 215 du Code de commerce est applicable aux navires étrangers se trouvant en France, près à faire voile.

DROIT DES GENS.

Bien que la liberté de tester soit admise dans certaines législations, il est incontestable que la réserve est une institution de Droit naturel.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

La réserve n'exerce point une funeste influence sur la condition des fortunes.

Vu par le Président de la thèse,

A. SAIGNAT.

Vu par le Doyen de la Faculté de Droit,

A. COURAUD.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

H. OUVRE.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DE LA LÉGITIME A ROME

	Pages
Notions préliminaires.....	9

DROIT CLASSIQUE

I. — De la *Querela inofficiosi testamenti* (D., v. 2).

CHAPITRE I. Son origine.....	17
CHAPITRE II. Sa nature. Tribunal compétent.....	18
CHAPITRE III. Testaments qui s'y trouvaient soumis.....	24
CHAPITRE IV. A. Qui pouvait intenter la <i>Querela</i> ? — B. Contre qui?.....	26
CHAPITRE V. Conditions d'admissibilité de la <i>Querela</i>	36
SECTION I. Omission ou exhérédation imméritée.....	36
SECTION II. Inexistence d'autres voies de recours.....	38
SECTION III. Absence de légitime au profit des ayants droit.....	39
§ 1. Détermination proprement dite de la quarte légitime.....	41
§ 2. De l'imputation. Légiataires qui faisaient nombre.....	45
§ 3. Nature de la légitime.....	48
SECTION IV. Obtention préalable de la <i>Bonorum possessio</i>	54
CHAPITRE VI. Effets de la <i>Querela</i>	57
CHAPITRE VII. Cause d'extinction de la <i>Querela</i>	63
APPENDICE. Action en complément.....	69
II. — De la <i>Querela inofficiosæ donationis</i>	72
RÉFORMES DU BAS-EMPIRE.....	76
SECTION I. Modification relative aux personnes.....	77
SECTION II. Augmentation de la quotité.....	82
SECTION III. Théorie nouvelle de l'imputation.....	85
SECTION IV. Innovations quant à la <i>Querela</i> et à l'action supplétoire.....	87
SECTION V. Détermination et causes légitimes d'omission ou d'exhérédation.....	91
SECTION VI. Création de la <i>Querela inofficiosæ dotis</i>	97

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.....	100
CHAPITRE I. Réserves coutumières.....	105
§ 1. Des biens qu'elle avait pour objet, sa quotité.....	105
§ 2. Personnes appelées à en bénéficier.....	106
§ 3. Libéralités atteintes par la réserve.....	108
§ 4. Action en retranchement.....	109

	Pages
CHAPITRE II. Légitime.....	412
SECTION I. Sa nature ; personnes appelées à en profiter.....	412
SECTION II. Quotité de la legitime. Sa détermination.....	415
SECTION V. Action en retranchement.....	424
CHAPITRE III. Légitime féodale.....	423
CHAPITRE IV. Légitime de grâce.....	428
CHAPITRE V. Douaire.....	430
§ 1. Douaire proprement dit.....	430
§ 2. Tiers coutumier de Normandie.....	435
CHAPITRE VI. Augment de dot.....	437
DROIT INTERMÉDIAIRE.....	438
CODE CIVIL.....	444
CHAPITRE I. Nature de la réserve.....	449
SECTION I. La réserve est une portion de la succession <i>ab intestat</i> . Il faut être héritier pour y prétendre par voie d'action.....	449
SECTION II. Il faut être héritier pour pouvoir y prétendre par voie d'exception.....	454
CHAPITRE II. Des personnes appelées à bénéficier de la réserve.....	469
SECTION I. Réserve des enfants.....	470
§ 1. Des descendants réservataires.....	470
§ 2. Quotité de la réserve des enfants.....	477
SECTION II. Réserve des ascendants.....	495
§ 1. Des ascendants réservataires.....	495
§ 2. Quotité de la réserve des ascendants.....	504
SECTION II. Des personnes qui font nombre.....	502
CHAPITRE III. Du droit des réservataires sur les biens indisponibles.....	507
CHAPITRE IV. Action en réduction.....	515
SECTION I. Sa nature.....	515
SECTION II. Qui peut l'intenter?.....	517
SECTION III. A quelle époque et dans quel cas la réduction peut-elle être intentée?.....	520
§ 1. Composition de la masse des biens formant la succession <i>ab intestat</i>	522
§ 2. Masse des biens donnés ou légués.....	535
§ 3. Estimation et addition des deux masses.....	549
§ 4. Déduction des dettes.....	553
§ 5. Calcul du disponible et de la réserve sur l'actif net. — Théorie de l'imputation.....	556
SECTION V. De l'exercice de la réduction.....	559
§ 1. Ordre de la réduction.....	559
§ 2. Comment s'opère la réduction?.....	567
SECTION VI. Effets de la réduction.....	578
SECTION VII. Causes d'extinction de l'action en réduction.....	584
POSITIONS.....	583

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

DROIT ROMAIN

DE NAUTICO FENORE

DROIT FRANÇAIS

DU CONCORDAT

EN MATIÈRE DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 20 DÉCEMBRE 1880

PAR

A. PERTHUIS

AVOCAT.

ROCHEFORT-SUR-MER

IMPRIMERIE CH. THÈZE, 123, PLACE COLBERT

—
1880



FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

MM. COURAUD (*), (1), doyen, professeur de *Droit romain*.
BAUDRY-LACANTINERIE (1), professeur de *Droit civil*.
RIBÉREAU (1), professeur de *Droit commercial*.
SAIGNAT (1), professeur de *Droit civil*.
BARCKHAUSSEN (1), professeur de *Droit administratif*.
DELOYNES (1), professeur de *Droit civil*.
VIGNEAUX (1), professeur d'*Histoire du droit*.
LE COQ (1), professeur de *Procédure civile*.
LEVILLAIN, professeur de *Droit maritime*.
MARANDOUT, professeur de *Droit criminel*.
E. CUQ, agrégé, professeur de *Droit romain*.
LARNAUDE, agrégé, chargé du cours de *Droit des gens*.
FAURE, agrégé, chargé du cours d'*Economie politique*.
S^r MARC, chargé du cours d'*Histoire du droit*.

RAVIER (1), secrétaire, agent comptable.
PONCET-DES-NOAILLES, étudiant, adjoint au secrétariat.
DESPAGNET, licencié en droit, bibliothécaire.

COMMISSION DE LA THÈSE :

Président : M. RIBÉREAU.

Suffragants :	{	MM. COURAUD.
		DELOYNES.
		LEVILLAIN.
		MARANDOUT.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs.

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MES AMIS

A MES MAÎTRES

BIBLIOGRAPHIE ⁽¹⁾

- CICÉRON. Ad Atticum.
GULAS. Opera omnia. (Naples, 1722).
DUMOULIN. De contractu usuræ. (Paris, 1681).
EMÉRIGON. Traité des contrats à la grosse (1827).
NIEBUHR. Histoire romaine.
NOODT. Opera omnia. (Coloniæ Agrippinæ, 1763).
PARDESSUS. Collection des lois maritimes (1828).
POTHIER. Traité du contrat de prêt à la grosse (Edit. Bugnet).
SAVIGNY. Systèmes de droit romain. (Edit. Guenour).
TACITE. Annales.
TITE-LIVE. Histoire romaine.
VAN ECK. Commentaria de septem damnatis legibus Pandectarum.
VERNET. Textes choisis sur la théorie des obligations.
VOET. Commentarius ad Pandectas (Genève, 1778).

(1) Les ouvrages indiqués dans cette Bibliographie ne seront parfois cités dans le cours de cette thèse que par le nom de l'auteur.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	9
Origine et utilité du <i>nauticum fœnus</i> . — Adoption de cette institution par la législation romaine.	

CHAPITRE PREMIER

Définition et nature du <i>nauticum fœnus</i>	15
Définition du <i>nauticum fœnus</i> . — Quelle est la nature de ce contrat ? — C'est un <i>mutuum</i> ayant des règles spéciales.	

CHAPITRE DEUXIÈME

Des risques maritimes	21
A qui incombent les risques ? — Nature, durée et lieux des risques. — Explication de la loi 122, § 1, au Digeste, <i>De verborum obligationibus</i> .	

CHAPITRE TROISIÈME

Du profit maritime	33
Le profit maritime représente surtout le <i>pretium periculi</i> . — L'intérêt maritime court sans stipulation. — Explication de la loi 5, au Digeste, <i>De nautico fœnore</i> . — Taux de l'intérêt à Rome : l' <i>unciarium fœnus</i> , la <i>centesima usura</i> . — Justinien limite l'intérêt maritime. — Nouvelles 106 et 110. — Les intérêts maritimes peuvent dépasser le double du capital.	

CHAPITRE QUATRIÈME

De la <i>pæna moræ</i> et des <i>operæ servi</i> stipulés accessoirement à un <i>nauticum fœnus</i>	53
Clauses spéciales de la <i>pæna moræ</i> et des <i>operæ servi</i> . — Leur but et leur utilité. — On leur applique les principes suivis pour les intérêts ordinaires. .	

CHAPITRE CINQUIÈME.

Des garanties du prêteur à la grosse	61
Le créancier obtenait du prêteur des sûretés personnelles ou réelles. — Le prêteur tenait-il directement de la loi une garantie ? — Cette garantie ne pouvait être qu'un <i>privilegium exigendi</i> , et non pas une hypothèque privilégiée.	

CHAPITRE SIXIÈME

Actions qui résultent du <i>nauticum fœnus</i>	69
Le prêteur a la <i>condictio certi</i> . — La loi 2, § 8, <i>De eo quod certo loco</i> , prouve que le <i>nauticum fœnus</i> est un <i>mutuum</i> . — De l'action <i>exercitoria</i> .	



DE NAUTICO FÆNORE

(Dig., lib. XXII, tit. II. — Cod., lib. IV, tit. XXXIII. — Nov., CVI et CX).

INTRODUCTION

De bonne heure, les peuples commerçants de l'antiquité, dont les vaisseaux sillonnaient en tous sens la mer Méditerranée, comprirent l'insuffisance du prêt ordinaire pour assurer au commerce maritime le crédit dont il avait besoin.

L'art de la navigation était alors dans l'enfance, et les voyages par mer étaient bien plus périlleux qu'ils ne le sont de nos jours. Aussi les emprunteurs, n'ayant le plus souvent à offrir à leurs créanciers d'autre garantie que leur navire, garantie qui, par suite des fortunes de mer, pouvait leur échapper à chaque instant, se voyaient refuser les capitaux nécessaires aux transactions commerciales.

L'institution d'un prêt maritime avec des règles simples, obligeant *solo consensu*, était donc impérieusement réclamée par les

besoins du commerce. De plus, pour encourager les capitalistes à mettre à la disposition des navigateurs des sommes importantes, il était utile de les associer, par la perspective d'intérêts supérieurs à ceux du prêt ordinaire, aux chances d'une heureuse traversée et de les amener ainsi à prendre à leur charge, par compensation, les risques et fortunes de mer.

Si nous recherchons l'origine du contrat que nous nous proposons d'étudier, nous voyons que les Grecs sont le premier peuple dont nous connaissions assez le droit maritime pour n'être pas réduit, à cet égard, au seul souvenir de sa célébrité. Toutefois, la législation maritime de la République d'Athènes est la seule dont il soit possible de parler avec quelque certitude, et c'est elle, la première, qui nous fournit les règles du contrat à la grosse.

La théorie du prêt maritime avait atteint chez les Athéniens une véritable perfection. Pas un seul des principes fondamentaux qui régissent aujourd'hui ce contrat, ne leur était inconnu. Le plaidoyer de Démosthène contre Lacritus nous donne, en effet, le texte d'un prêt à la grosse, qui contient la plupart des règles de la matière. (V. *Collection des Lois maritimes*, de Pardessus, t. I, page 46.)

Cette législation maritime est-elle propre aux Athéniens ou, comme l'ont pensé quelques auteurs, l'ont-ils empruntée aux Rhodiens ? La question est controversée. Quoi qu'il en soit, il est certain que ces deux législations ont entre elles la plus grande analogie et qu'une ressemblance presque parfaite existe sur ce point entre les lois de ces deux peuples. La comparaison entre ce

que nous connaissons du droit maritime athénien et les fragments du droit maritime romain qui, sans le moindre doute, a été emprunté aux Rhodiens, vient à l'appui de notre assertion.

Nous ne trouvons aucune trace de notre contrat dans les premiers temps de la République romaine. En effet, la Constitution de Rome ne fut jamais favorable au développement du commerce ; et Romulus, poussé par le désir de voir son peuple compter autant de soldats que d'habitants, avait interdit les opérations commerciales à tous les citoyens ; les esclaves seuls pouvaient s'y livrer. En dehors du métier des armes, l'agriculture seule était en honneur.

Mais la nécessité et la force des choses l'emportèrent sur les institutions.

Le désir de s'agrandir par la conquête fut le premier mobile qui poussa les Romains à construire des vaisseaux. Ensuite, l'approvisionnement de la capitale, auquel les produits de l'Italie, transformée en maisons d'agrément et en jardins de luxe, ne suffisaient plus, donna lieu aux premières spéculations maritimes et devint le motif des encouragements accordés à ceux qui s'y consacraient ; les immenses bénéfices qu'on en retirait, le besoin d'argent pour suffire à un luxe corrompteur, amenèrent bientôt les grands à s'y livrer, et ils tournèrent facilement les prohibitions encore existantes en faisant faire le commerce par leurs esclaves.

L'alliance que Rome contracta avec Rhodes, au moment de la conquête de l'Orient, facilita encore le développement de son commerce. En entrant en contact avec les Rhodiens et les Grecs,

les citoyens romains trouvèrent chez ces peuples des lois et des coutumes bien supérieures à celles qu'ils auraient pu adopter en pareille matière. C'étaient, en effet, des marins intrépides, des spéculateurs habiles, qui se livraient à un commerce des plus importants et en augmentaient les profits, déjà considérables, au moyen du prêt maritime. Aussi, lorsque les Romains connurent cette institution et en comprirent les avantages, le prêt à la grosse devint chez eux d'un usage fréquent. et leurs juriconsultes, frappés de la sagesse de la législation rhodienne sur ce point, n'hésitèrent pas à en adopter les principes, tout en les appropriant aux mœurs nationales et aux formes de leur procédure.

On voit, par tout ce qui précède, que, suivant l'opinion de Pardessus, nous ne plaçons pas, comme l'ont fait quelques auteurs, l'introduction du droit rhodien à Rome, sous le règne de Claude. Le fait de son adoption avant cette époque est prouvé, à notre avis, par une lettre de Salluste à César et par le fragment 9 au Digeste : *De lege Rhodiâ de jactu*. Dans ce texte, l'empereur Antonin, répondant sur un point de droit maritime, s'exprime ainsi : « Ego quidem mundi dominus, lex autem maris, lege id Rhodiâ, quæ de rebus nauticis præscripta est, judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Hoc idem divus quoque Augustus judicavit. » Enfin, nous voyons dans Plutarque (*Vita Catonis*, § 33) que Caton l'Ancien faisait habituellement des prêts à la grosse ; après avoir vanté l'agriculture, il les conseille à son fils comme le plus sûr moyen d'augmenter rapidement sa fortune.

Le prêt maritime, tel qu'il était pratiqué par les Grecs, devint donc en usage à Rome, où il fut désigné sous les noms de *nauticum fœnus*, *nautica* ou *maritima pecunia*, plus souvent encore *trajectitia pecunia*.

Toutes ces expressions sont employées indifféremment par les jurisconsultes romains. A vrai dire, aucune d'elles ne convient au contrat de prêt maritime : les mots *trajectitia pecunia* désignent l'argent prêté à la grosse aventure ; par *nauticum fœnus*, on entend parler du profit maritime résultant du prêt à la grosse. Les Romains, en empruntant ce contrat aux législations commerciales étrangères, ont négligé de lui donner un nom technique et se sont contentés de le désigner par les mots de leur langue qui leur parurent se rapprocher le plus des idées nouvelles qu'ils voulaient exprimer.

C'est ce contrat de prêt maritime, appelé de nos jours prêt à la grosse aventure, que nous nous proposons d'étudier en droit romain.

Les principaux textes qui se réfèrent à cette matière sont dans le Digeste, au livre 22, titre 2 ; dans le Code, au livre 4, titre 33 ; et dans les Nouvelles 106 et 110 de Justinien.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET NATURE DU *NAUTICUM FÆNUS*.

Le *nauticum fœnus* est un contrat par lequel l'une des parties, appelée *fœenerator* ou *creditor*, prête à l'autre partie, appelée *debitor*, une somme d'argent, *pecunia*, destinée à l'armement d'un navire ou à l'acquisition de marchandises qui doivent être transportées par mer, *trajectitia*, à condition que l'emprunteur sera tenu de la rendre au prêteur avec un profit convenu, si la navigation est heureuse ; mais que, dans le cas de perte du navire ou des marchandises, survenue par quelque fortune de mer, il n'aura rien à rendre à son créancier, dont le droit de créance sera éteint.

Telle est la définition que nous croyons devoir donner, définition qui, nous le pensons, contient tous les éléments du *nauticum fœnus*.

Si nous recherchons quelle est la nature de ce contrat, nous nous trouvons en présence d'une question des plus délicates et des plus controversées. Est-ce un louage, un *mutuum*, ou un contrat innommé ?

Selon Cujas, le *nauticum fœnus* ne serait pas un louage, une « *locatto conductio* », car il est de l'essence du louage de porter

sur des objets qui, loin de se consommer par l'usage, peuvent et doivent être rendus en nature à celui qui les a fournis et n'a pas cessé d'en être propriétaire. Dans notre contrat, les deniers, les marchandises sont bien donnés moyennant un prix ; mais il n'y a pas simple usage, la propriété en est transférée au *debitor*. Cujas refuse aussi d'y voir un *mutuum* « nam mercedem non recipit mutuum, sicut nec commodatum », car le *mutuum* est essentiellement gratuit, comme le commodat. Et ce savant jurisconsulte ajoute : « Verum duplex est contractus : datione pecuniæ mutuum contrahitur ; stipulatione fœnus. Fœnus igitur id est fœneratitia stipulatio. » (*Commentaria*, t. 7, p. 862). Il scinde le *nauticum fœnus* : ce contrat pour lui est double et renferme un *mutuum* pour le capital, une stipulation ou un pacte d'intérêts pour le profit maritime. Y a-t-il eu stipulation pour faire courir ces intérêts maritimes, le créancier aura une *condictio* ; y a-t-il eu simple pacte, il agira par l'action *præscriptis verbis* des contrats innommés.

M. de Savigny ne voit dans le *nauticum fœnus* qu'un contrat innommé : « Peut-être, dit-il, une stipulation était-elle toujours « employée pour faire courir les intérêts maritimes, mais on peut « très bien concevoir une action, même sans stipulation, d'après les « principes des contrats innommés ; car la forme du prêt de consommation n'était qu'une apparence extérieure ; en réalité, c'était la « remise d'une somme avec les risques de la perte en échange de la « promesse d'une somme supérieure, pour le cas où la perte n'aurait « pas lieu, ainsi donc un contrat dans la forme *do ut des*. » (*System.* VI, § 268, note M).

Nous n'admettons aucun de ces systèmes ; et, adoptant l'opinion à laquelle Voët paraît se rallier (Voët, *Ad Pandectas*, t. 1, p. 770, n° 4),

nous pensons que le *nauticum fœnus* n'est autre chose qu'un *mutuum*.

L'opinion de M. de Savigny, émise dans une note et sans aucun développement, ne nous paraît pas admissible, et, pour la repousser, nous nous bornerons à faire observer que l'obligation créée par le *nauticum fœnus* est unilatérale, tandis que les contrats innommés engendrent tous des obligations réciproques. De plus, les conséquences qui en découlent sont inacceptables, ainsi que nous l'établirons plus tard, en traitant des actions qui compètent au prêteur à la grosse.

Quant aux motifs qui empêchent Cujas de voir dans le *nauticum fœnus* un *mutuum*, ils ne nous paraissent pas fondés. Sans doute, l'idée originaire du *mutuum* étant que ce contrat se forme *re*, l'emprunteur ne peut pas, en principe, être tenu de rendre plus qu'il n'a reçu ; mais la gratuité n'est pas de l'essence du *mutuum*, et si les parties veulent que des intérêts soient dus, le prêteur exigera un engagement accessoire, qui ne changera en rien la nature de ce contrat. Nous verrons, en étudiant les intérêts maritimes, que, dans certains cas, le prêt de consommation peut produire des intérêts en vertu d'un simple pacte ; et le *nauticum fœnus* est un de ces cas exceptionnels. (L. 12, Cod., *De Usuris* — L. 5 et L. 7, Dig., *De Nautico fœnore*). Ce pacte ne modifie en rien la nature du contrat principal ; au contraire, il fait corps avec lui : *contractui inest*.

Et d'ailleurs, si nous analysons le *nauticum fœnus*, nous y retrouvons les éléments du *mutuum* : 1° une aliénation (*datio*) de la part du prêteur ; 2° une obligation contractée par l'emprunteur ; 3° cette obligation ayant pour objet des choses de même valeur, de même nature, que celles fournies par le prêteur.

Enfin les textes confirment notre manière de voir, et leurs termes prouvent amplement que les jurisconsultes romains n'ont jamais vu dans notre contrat qu'un *mutuum*. Nous pouvons citer de nombreuses lois qui ne laissent aucun doute sur la question ; ainsi dans la loi 6, à notre titre, Paul dit : « Fœnerator pecuniam usuris maritimis *mutuam* dando..... » ; dans la loi 122, Dig., *De Verb. oblig.*, § 1, Scaevola se sert de ces mots : « Callimachus *mutuam* pecuniam « accepit..... » ; enfin, dans la loi 4, Cod., *De naut. fœn.*, les empereurs Dioclétien et Maximien s'expriment ainsi dans un rescrit : « Trajectitiæ quidem pecuniæ quæ periculo creditoris *mutuo* datur..... » En présence d'un langage aussi formel, il est impossible, croyons-nous, de ne pas se ranger à notre avis.

Mais si notre conviction est que le *nauticum fœnus* est un *mutuum*, nous reconnaissons que c'est un *mutuum* d'une espèce particulière, avec des règles spéciales. Il ne faudra donc appliquer les principes généraux qu'autant que nous n'y trouverons pas de dérogations. Cette différence entre le prêt maritime et le prêt de consommation s'explique facilement : elle résulte de l'origine étrangère du prêt à la grosse ; elle découle des motifs qui l'ont fait naître, motifs que nous avons exposés dans notre introduction.

Le caractère distinctif du *nauticum fœnus* consiste, en effet, en ce que les risques de l'objet garantissant l'obligation de l'emprunteur sont, contrairement à ce qui a lieu dans le prêt ordinaire, à la charge du prêteur. Modestin est clair sur ce point : « Interest utrum *periculo creditoris navigent* : tunc enim *trajectitia pecunia fit*. » (L. 1, D., *De Naut. fœn.*)

Cette première différence en entraîne une autre, relative aux intérêts : le prêteur peut réclamer des intérêts illimités, en compen-

sation du danger « *periculum* » qu'il court de perdre son argent.

L'étude de ces dérogations aux règles ordinaires du *mutuum* fera l'objet des deux chapitres suivants. Nous étudierons ensuite la *pœna* stipulée en cas de retard de l'emprunteur dans l'exécution de son obligation, les garanties du prêteur, et nous terminerons en faisant connaître quelles sont les actions dont le créancier est muni pour faire exécuter le contrat.

CHAPITRE DEUXIÈME

DES RISQUES MARITIMES.

Dans le *mutuum* les risques sont à la charge du débiteur. Dans le prêt à la grosse, il en est tout autrement. Comme nous l'avons déjà dit, il fallait faciliter les emprunts à la grosse aux navigateurs dont toute la fortune pouvait ne consister que dans le navire ou dans les marchandises exposées aux fortunes de la mer ; les chances d'insolvabilité les auraient empêchés de trouver les capitaux nécessaires à leurs opérations commerciales, et l'essor du commerce maritime aurait été entravé. Dans ce but, on indemnisa les prêteurs des risques considérables que couraient chaque jour les sommes par eux prêtées et destinées à être transportées au-delà des mers. Pour concilier tous les intérêts, pour répondre à tous les besoins, les anciens inventèrent la théorie du prêt à la grosse et obligèrent l'emprunteur à faire participer son créancier aux profits de l'expédition, mais en mettant tous les risques de la somme prêtée à la charge de ce dernier.

Cette clause constitue l'élément essentiel du *nauticum fœnus*. Tous les textes sont unanimes sur ce point : « *Cùm non incertum* » « *periculum quod ex navigatione metui solet, ad te pertinuisse* »

« *profitearis*, non est dubium, pecuniæ creditæ ultra licitum modum
« te usuras exigere non posse. » (L. 2, Cod., h. t.) Ainsi répondaient
les empereurs Dioclétien et Maximien au prêteur qui avoue ne s'être
pas chargé de ce « *periculum incertum*. » Enfin Modestin, dans
la loi 1, au Digeste, à notre titre, nous apprend que la somme prêtée
pour acheter des marchandises ne sera *trajectitia* que si ces mar-
chandises doivent naviguer aux risques du prêteur.

Le prêt à la grosse suppose donc toujours qu'il a été expressément
convenu que les risques seront pour le créancier, car, dans le doute,
il ne sera pas présumé que les parties ont voulu déroger aux prin-
cipes généraux. Un rescrit de Maximien et Dioclétien dit, en effet :
« *Sine hujus modi verò conventione* infortunio naufragii debitor
« non liberabitur. » Ainsi la destination de l'argent prêté à une
expédition maritime n'entraînera pas l'engagement pour le prêteur
de prendre les risques à sa charge ; cette clause devra être expres-
sément stipulée.

Il résulte de là que le contrat intervenu entre les parties peut pré-
senter un caractère différent suivant leur volonté : ou bien, elles
auront ajouté une clause spéciale mettant les risques sur la tête du
créancier, et nous aurons alors un véritable *nauticum fœnus* ; ou
bien il n'aura été fait aucune convention de ce genre et, dans ce cas,
les risques restant pour le débiteur, l'opération ne sera plus qu'un
prêt maritime imparfait, soumis aux règles du prêt ordinaire.

Même lorsque le contrat à la grosse est parfait, l'emprunteur n'est
pas toujours dégagé de sa responsabilité par la perte de la chose
prêtée. Il importe donc de déterminer l'étendue des risques assumés
par le prêteur ; dans ce but, examinons quelle est leur nature, dans
quels temps et dans quels lieux ils doivent être courus.

§ 1. — NATURE DES RISQUES.

1° Ils doivent être *maritimes* : « Trajectitia ea pecunia est, dit Modestin, (Dig. L. 1, *De n. f.*) *quæ trans mare vehitur.* » Le prêteur, en effet, ne répond que des fortunes de mer ; il ne prend à sa charge que cet « *incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet.* » (L. 2, Cod., *De n. f.*) C'est là une règle absolue : si la perte de l'argent ou des marchandises arrive par tempête, naufrage, échouement, abordage fortuit, changement forcé de route, de voyage ou de vaisseau, par jet, feu, prise, pillage, arrêt par ordre de puissance, déclaration de guerre, et toutes autres fortunes de mer, le prêteur n'aura rien à réclamer. Mais si, au contraire, l'argent a été dépensé à terre, si les marchandises n'ont pas été embarquées, de telle sorte que l'objet du prêt n'ait couru aucun des dangers de la navigation, il n'y a jamais eu de *nauticum fœnus* : le créancier, en cas d'heureuse arrivée, ne pourra pas réclamer le profit maritime ; le débiteur, en cas de perte du navire, ne sera pas libéré. Ces conséquences découlent naturellement de la loi 1, *De n. f.* : « *Cœterum si eodem loco consumatur, non erit tra-* »
« *jectitia.* »

2° Ils doivent être *fortuits*, c'est-à-dire dus à une force majeure, laquelle est « *vis divina quæ præcaveri et cui resisti non potest.* » On doit en conclure, et les principes généraux du droit romain suffiraient à l'établir, que les fautes de l'emprunteur ou de son préposé

au commandement du navire demeurent en dehors des risques courus par le créancier. A l'égard du *debitor*, au moins pour ses fautes intentionnelles, la règle est absolue, car aucune législation ne peut admettre qu'une personne puisse se décharger sur autrui du dommage résultant de fraudes qu'elle a commises ; mais, si le capitaine n'est point l'emprunteur, une dérogation au droit commun est possible, et les parties peuvent comprendre, dans les risques de mer, les fautes tant du *magister navis* que de l'équipage. Aucun texte de loi ne prohibe pareille convention.

Ce serait aussi étendre la responsabilité du prêteur au-delà des limites établies par la loi, que de lui faire supporter les pertes et détériorations causées par le vice propre du navire ou des marchandises. Si, cependant, il avait fourni lui-même les marchandises, le dommage occasionné par le vice propre retomberait sur lui.

§ II. — DURÉE ET LIEUX DES RISQUES.

1^o *Durée des risques.* — En règle générale, et en l'absence de toute convention, le prêteur assume la responsabilité des risques dès le moment où le navire met à la voile et commence son voyage : « In nauticâ pecuniâ ex eo die periculum spectat creditorem *ex quo navis navigare conveniat.* » (L. 3, Dig., *De n. f.*) Il faut remarquer le mot « *conveniat.* » Cette expression indique que le moment du départ du navire est presque toujours concerté entre

les parties. Si l'emprunteur choisissait, [pour mettre à la voile, un moment défavorable, sans avoir pris l'avis du prêteur, il commettrait une faute dont les conséquences ne pourraient retomber sur ce dernier.

A quel moment les risques cessent-ils d'être à la charge du prêteur ?

Il est impossible de donner sur ce point une règle absolue, car les parties peuvent y apporter toutes les modifications qu'elles désirent. C'est ainsi qu'elles peuvent convenir que les risques ne seront à la charge du créancier que pour un temps déterminé, ou bien jusqu'à l'arrivée d'une condition, de telle sorte que si le navire vient à périr après l'échéance du terme ou la réalisation de la condition, ce ne sera plus le créancier, mais le débiteur qui supportera la perte. (L. 4. *pr.*, Dig., *De n. f.* — L. 6, Dig., *De n. f.*) Il pourra aussi être stipulé que le créancier ne conservera son droit de créance que si le navire arrive dans le temps déterminé à son lieu de destination. Les risques pouvaient enfin être courus pour l'aller et pour le retour ; par exemple : de Béryste à Brindes et de Brindes à Béryste. (L. 122, Dig., *De verb. oblig.*) ; ou pour l'aller, ou pour le retour seulement. (L. 3, Cod., *De n. f.*)

Si les parties n'ont fait, quant à la durée des risques, aucune stipulation, ils cessent d'être à la charge du prêteur dès que le voyage en vue duquel l'argent a été prêté, est terminé et que le navire est arrivé au port de destination. « Trajectitiam pecuniam quæ periculo « creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium « usurarum, *quamdiu navis ad portum adpulerit*, manifestum « est. » (L. 1, Cod., *De n. f.*) Et la loi qui suit se sert de ces expressions : « *ad destinatum locum perveniat.* »

Nous venons de dire que le commencement des risques est la mise à la voile, et leur fin, le moment où l'ancre est jetée dans le port d'arrivée. Mais si des marchandises susceptibles d'être avariées ont été embarquées et perdues avant que le navire ne soit en cours de navigation, à qui incombera la perte ? Dans le silence des textes, il faut appliquer ce principe que les risques sont à la charge du prêteur, du jour où le *pignus* est exposé aux fortunes de mer. Nous dirons donc qu'ordinairement les risques, pour des marchandises, courent du jour où elles ont été mises à bord du navire.

2° Lieux des risques. — Il ne suffit pas que la perte soit arrivée par fortune de mer, dans le temps fixé ; il faut, en outre, pour être à la charge du prêteur, qu'elle se produise dans les lieux déterminés par la convention.

On entend par lieux des risques, le voyage convenu et la route que l'on doit suivre pour l'accomplir. Si le patron du navire viole sur ce point le contrat ou les usages, il le fera par rupture de voyage, changement de route ou de voyage.

S'il y a rupture de voyage, c'est-à-dire si le preneur renonce à l'expédition projetée, il y a lieu de distinguer si la rupture a lieu avant ou après le moment où les risques ont commencé à courir. Dans le premier cas, le contrat à la grosse ne se forme pas, car il ne reçoit sa perfection que par la mise en risques ; dans le second, le *nauticum fœnus* est parfait, et le profit maritime est dû au *creditor*. Toutefois, dans les deux hypothèses, la responsabilité du *debitor* varie suivant que la rupture provient d'un cas de force majeure ou d'un acte de sa volonté.

Il y a changement de voyage quand le navire, au lieu de se diriger sur le port désigné au contrat, cherche à gagner un autre port. Ici encore, il faut distinguer entre le cas de force majeure, dont le prêteur répond, et le fait volontaire de l'emprunteur ou de son préposé, dont il ne répond pas. Dans l'un et l'autre cas, le *nauticum fœnus* prend naissance, sauf que la responsabilité du *creditor* cesse de courir si le changement de voyage a été volontaire. Nous trouvons une hypothèse semblable dans la loi 3, au Code, *De n. f.* Le navire *quam in Africam dirigi debitor adseverabat*, prit une autre direction, *nec loco navigii servato* ; et les empereurs Dioclétien et Maximien déclarent que le prêteur n'est pas responsable de la perte survenue.

Il nous reste à dire en quoi consiste ce changement de route ou déroutement. Il se produit toutes les fois que le navire, tout en faisant le voyage convenu, s'écarte de l'itinéraire fixé par le contrat ou, dans le silence des parties, ne suit pas la voie la plus directe et la plus sûre, c'est-à-dire celle suivie ordinairement par les autres capitaines. L'emprunteur ne peut donc pas, à moins de stipulation contraire, rétrograder, s'arrêter dans les ports intermédiaires, car il accroîtrait ainsi les risques : sauf toujours le cas de force majeure.

Nous croyons le moment venu d'étudier la loi 122, § 1, au Digeste, *De Verborum obligationibus*, dont l'explication a été le sujet des plus vives controverses.

Le fragment est de Scaevola, et voici comment s'exprime ce jurisconsulte :

« Stichus, esclave de Seius, étant à Béryte, ville de Syrie, prête à
« la grosse aventure une somme d'argent à Callimaque, dont le
« navire devait aller à Brindes et en revenir dans l'espace de deux

« cents jours. Les marchandises achetées à Béryte, pour être vendues à Brindes, et celles qui les remplaceraient sur le vaisseau, tels étaient les gages et hypothèques du créancier. De son côté, le prêteur se chargeait des risques de tout le voyage. Il fut convenu qu'arrivé à Brindes, Callimaque, après avoir vendu ses marchandises et en avoir pris de nouvelles, se remettrait en mer pour la Syrie, avant les *ides prochaines* de septembre, et que si, à cette époque, il n'avait pas refait sa cargaison et quitté Brindes, il paierait dans cette même ville, comme si le voyage était achevé, le capital, les intérêts maritimes et tous les frais que nécessiterait le transport de cet argent à Rome. Héros, vicair de Stichus, suivait l'emprunteur et toucherait à Brindes lesdites sommes, si ce dernier n'observait pas les clauses du traité. Stichus, esclave de Seius, l'ayant interrogé, Callimaque répondit qu'il s'exécuterait fidèlement. »

Jusqu'ici, rien d'embarrassant. Le texte porte cependant : Stichus, *servo Lucii Titii*, promisit Callimachus, au lieu de *servo Seii*. Il n'y a là qu'une erreur de copiste, sans importance. Cette rectification faite, continuons d'exposer notre texte : « Avant les *ides de septembre*, ainsi qu'il était convenu, l'emprunteur, ayant pris de nouvelles marchandises, se mit en route avec Héros, comme pour revenir en Syrie, — *quasi in provinciam Surtam perventurus, enavigavit*. Mais Callimaque, depuis qu'il a chargé ses nouvelles marchandises suivant son engagement, c'est-à-dire, au temps où il devait en payer à Brindes l'argent, pour le faire parvenir à Rome, Callimaque, dis-je, a eu son navire submergé ; et l'en demande si l'emprunteur ne pourra pas invoquer la présence et le consentement d'Héros, qui avait bien mission de l'accompagner,

« mais auquel Stichus n'avait donné aucun autre mandat que celui
« de toucher l'argent et de le porter à Rome, et s'il sera tenu, par
« l'action *ex stipulatu*, de payer le susdit argent au maître de
« Stichus. Le jurisconsulte répond que d'après les faits qui viennent
« d'être exposés, Callimaque sera tenu. »

Cette réponse est inexplicable. Comment, voilà un emprunteur qui a scrupuleusement observé les clauses du contrat, auquel on ne peut reprocher aucune faute ; le navire périt par fortune de mer et, malgré sa conduite irréprochable, le jurisconsulte romain répond que Callimachus sera tenu !

Les commentateurs ont cherché le mot de l'énigme et ont proposé plusieurs explications.

Selon Cujas, l'emprunteur est bien parti de Brindes avant les ides de septembre, mais il n'a pu effectuer son voyage dans le délai de deux cents jours, fixé par les parties. Cette explication n'est pas admissible : parce qu'il suffit à la libération du débiteur que le sinistre soit arrivé fortuitement dans les lieux et délais convenus, ce qui aurait lieu dans l'espèce ; parce qu'on ne peut alléguer un retard quelconque, puisque Callimaque n'est pas sorti des clauses du contrat ; enfin, parce que Cujas ne se fonde sur aucun texte et que son explication est purement arbitraire. (Cujas, *Comm.*, t. 7, p. 864.)

D'autres interprètes ne peuvent comprendre cette loi qu'en changeant le texte. Duaren propose de lire, au lieu de « *merces perferendas mansisset eo tempore* », « *merces perferens in navem mansisset eo tempore* », et le sens serait que Callimaque aurait bien chargé les marchandises sur son navire avant les ides de septembre, mais se trouverait encore à Brindes à l'époque où, d'après la convention, l'argent aurait dû être payé. Cette explication de Duaren

nous paraît en contradiction avec ces mots : « *Ante idus supra-scriptas*, quasi in provinciam Suriam perventurus, enavigavit. »

Pothier (Comment. du titre *De Solut.* Dig., 45, 3, N° 45), pense que l'on a omis le mot « *non*, » et il restitue le texte ainsi : « Cum *non* ante idus, etc. » Cette explication, si tant est que l'explication du texte en nécessite une, serait certainement la meilleure et la plus simple.

D'après Robertus, (*Recept. lect.*, VI, I), il n'est pas nécessaire de recourir à une interpolation, toujours douteuse. Le reste, selon lui, peut s'entendre en traduisant bien les mots : « *quasi in provinciam Suriam* perventurus, enavigavit. » Callimachus est bien parti au jour voulu ; mais, au lieu de se diriger vers la Syrie pour aborder directement à Béryte, il a changé de route : « *quasi* perventurus. » C'est ce changement de direction qui constitue Callimachus en faute, malgré le consentement d'Héros, et libère le créancier de toute responsabilité quant aux risques. Cette interprétation nous paraît préférable à la correction du texte, qui est arbitraire.

Que l'on admette l'une ou l'autre de ces explications, il faut conclure de tout ce qui vient d'être dit, que le prêteur à la grosse peut limiter les risques et que l'emprunteur se met en faute du jour où il n'observe pas les clauses du contrat ; de ce jour, les risques assumés par le prêteur sont totalement courus ; l'emprunteur doit le capital et le profit maritime comme au cas d'heureuse arrivée.

Il peut y avoir faute du *debitor* dans d'autres cas que ceux de rupture, de changement de voyage ou de route. Dans le *nauticum faenus*, le prêteur donne de l'argent, qui est lui-même transporté au-delà des mers, ou avec lequel on achète des marchandises. Si, dans l'achat de ces marchandises, l'emprunteur ne respecte pas les

conventions, ou si, le texte du contrat étant muet sur le choix à faire, il acquiert des choses qui ne sont pas dans le commerce, il est en faute, et la perte cesse d'être pour le créancier. C'est ce que démontre la loi 3, au Code, à notre titre : le *debitor* a acheté des marchandises prohibées que les agents du fisc ont confisquées. Dans ce cas, le rescrit des empereurs Maximien et Dioclétien déclare que le prêteur n'est pas responsable de la perte survenue.



CHAPITRE TROISIÈME

DU PROFIT MARITIME.

Dans le prêt ordinaire, l'intérêt dû au créancier est surtout l'équivalent de la privation de son capital, une indemnité perçue par le prêteur pour le défaut de jouissance de la chose. Aussi, cet intérêt croît-il avec la durée de la privation et le calcule-t-on proportionnellement au temps pendant lequel l'emprunteur a été en possession de la chose empruntée.

En outre du *lucrum cessans*, l'intérêt représente également, mais d'une manière secondaire, le péril que le prêteur court de ne pas être remboursé, le *damnum emergens*. Dans le prêt ordinaire, il est facile de mesurer l'étendue des risques, et la plupart des prêteurs qui ne recouvrent pas leurs fonds ne peuvent imputer leur perte qu'à leur propre imprudence.

Le *profit maritime*, dans le contrat à la grosse aventure, a un tout autre caractère. Il a pour base principale les risques que le créancier prend à sa charge, le péril qu'il court de perdre son argent. C'est plus que le *damnum emergens* : c'est le *pretium periculi*, comme le dit la loi 5 de notre titre. Il est vrai que ce profit

est quelquefois calculé, comme l'intérêt ordinaire, à raison du temps pendant lequel dure le voyage ; une semblable convention paraît avoir été en usage chez les Romains, comme le prouve la dénomination *usura martima* qu'ils donnent parfois au profit maritime. Mais on envisage tout d'abord l'étendue des risques pour fixer les intérêts maritimes. Plus ils seront considérables, plus le *pretium periculi* sera élevé, car il n'y a que l'élévation du *nauticum scenus* qui puisse tenter les prêteurs ; l'appât d'un gain considérable peut seul les déterminer à braver la crainte de perdre complètement leur argent.

La théorie des intérêts dans le prêt à la grosse se lie intimement à la question des risques. « Il ne peut y avoir, dit Pothier, de « contrat de prêt à la grosse s'il n'y a un profit maritime ou quelque « autre chose que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, outre « la somme prêtée, pour le prix des risques dont il s'est chargé. » (*Traité du contrat de prêt à la grosse*, n° 19). Les dérogations aux principes ordinaires que nous trouvons pour les intérêts maritimes ne sont, en effet, que les conséquences des règles spéciales aux risques. C'est seulement au cas où le créancier aura assumé la responsabilité de la perte du navire, que nous pourrons faire l'application des règles particulières au profit maritime, règles que nous allons développer. Si, au contraire, les parties ont voulu laisser au débiteur les chances heureuses ou malheureuses de la traversée, nous nous trouvons en face d'un *mutuum*, et le créancier ne pourra exiger que les intérêts ordinaires.

Ce que nous venons de dire est prouvé par le texte suivant : « Nihil interest, dit Papinien, *trajectitia pecunia sine periculo* « *creditoris accepta sit, an post diem præstitutum et conditio-*

« *nem impletam creditoris desierit: utrubique igitur majus legi-*
« *timâ usurâ fœnus non debetur.* Sed in priore quidem specie
« *semper* ; in alterâ verò, *discusso periculo*, nec pignora, vel
« *hypothecæ titulo majoris usuræ tenebuntur.* » (L. 4., Dig. *De*
naut. fœn.) Les empereurs Dioclétien et Maximien parlent dans le
même sens, au Code, dans la loi 1, *De n. f.*

Ainsi le profit maritime, convenu dans le cas de *nauticum fœnus*,
est bien différent des intérêts ordinaires stipulés dans l'hypothèse
d'un *mutuum*. Bien différentes sont aussi les règles qui les régissent
et que nous allons étudier.

Ces différences ont trait à la manière de faire courir les intérêts,
à leur taux et au chiffre maximum que leur somme peut atteindre.

§ 1. — *Différence entre la manière de faire produire des intérêts à l'argent
prêté en mutuum et la manière de faire produire un profit maritime à
l'argent prêté à la grosse aventure.*

Dans le prêt ordinaire l'emprunteur est tenu par la *condictio ex
mutuo* de rendre au prêteur la somme d'argent qu'il en a reçue.
Par cette action, le créancier ne peut rien réclamer de plus, comme
le dit Ulpien (L. 2., Dig. *De rebus creditis*) : « Si dederò decem ut
« undecim debeas, putat Proculus *amplius quam decem condici*
« non posse. » Ce principe s'explique facilement : le *mutuum*, contrat
de droit strict, se forme *re*, c'est-à-dire par la *datio* ; la cause de
l'obligation qu'il engendre étant dans cette *datio*, cette obligation
stricti juris ne peut avoir d'autre objet que celui contenu dans la

datio, la *res data*. « *Re enim non potest contrahi, nisi quatenus datum sit.* » (L. 17, Dig., *De rebus creditis*).

Quant à la convention d'intérêts, elle était impuissante à faire naître une action civile. C'est une conséquence de la théorie générale des pactes qui, dans la rigueur du droit primitif, ne produisaient aucun effet civil. La législation romaine ne sanctionnait que les obligations nées des contrats ; elle refusait toute action à celui qui prétendait avoir un droit en vertu d'une simple convention. Mais, peu à peu, ces principes se modifièrent, et le droit prétorien d'abord, les constitutions impériales ensuite, accordèrent quelque effet à ces conventions, aux *pacta adjecta*, qui étaient l'accessoire d'un contrat.

Tous les pactes ajoutés *ex intervallo* à un contrat quelconque, soit de bonne foi, soit de droit strict, restent en dehors du contrat ; ils peuvent fournir une exception, mais ils ne peuvent jamais donner une action. S'il s'agit de pactes ajoutés *in continenti*, il faut distinguer entre les contrats de bonne foi et ceux de droit strict.

Le pacte est-il ajouté à un contrat de bonne foi, il est réputé faire partie du contrat, *inest contractui*, soit qu'il augmente ou diminue l'obligation, car il a été la raison déterminante du consentement des parties, raison dont le juge doit tenir compte dans ces contrats.

Le pacte est-il joint à un contrat de droit strict : s'il diminue l'obligation, il produit son effet par une exception ; tend-il au contraire à l'augmenter, il y a controverse, et c'est sur l'interprétation de la loi *Lecta* (L. 40, *De rebus creditis*, Dig.) que roule la discussion. Selon nous, il résulte de cette loi qu'un tel pacte, ajouté à une stipulation, engendre toujours l'action *ex stipulatu*, mais que, joint à un *mutuum*, il ne produira aucun effet.

Si le prêteur voulait qu'il lui fut dû quelque chose en outre du capital prêté, il devait avoir recours à la stipulation. « *Pactum nudum de præstandis usuris nullius est momenti. Ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur.* » (Paul. Sent. 2, 14, § 1). Africanus dit également : « *Pecuniæ creditæ usuras, nisi si stipulationem deductas, non debent.* » (L. 24, Dig., 19, 5).

Mais cette règle rigoureuse ne fut pas toujours suivie. Dans certains cas, la sévérité du vieux droit romain se relacha un peu et tout effet de droit ne fut pas toujours refusé à un pacte *ad augendam obligationem*, ajouté *in continenti* à un *mutuum*. On en vint à abandonner le principe d'égalité entre la restitution et la dation ; une décision remarquable de l'empereur Alexandre le prouve : « *Frumenti, vel hordeo mutuo dati accessio, etiam ex nudo pacto præstanda est.* » (L. 12, Cod. *De usuris*). Les empereurs Dioclétien et Maximien ont étendu cette décision « *oleo et quibusdam fructibus* » (L. 23, Cod. *eod. tit.*) et ont donné pour raison de leur innovation que les denrées ont un prix variable, « *ratio incerti pretii* ». Mais, pour le prêt d'argent, les Romains, se basant sur cette idée inexacte que l'argent a une valeur immuable, conservèrent l'ancienne règle dans toute sa rigueur, et une stipulation fut toujours nécessaire pour faire courir les intérêts. Une exception existait cependant pour les prêts faits aux villes (L. 30, Dig., 22, 1), exception que Justinien étendit aux *argentarii*.

Pour le *nauticum fœnus*, dans lequel les intérêts étaient non pas la représentation des fruits de l'argent prêté, mais la compensation du *pretium periculi*, de l'*alea* que courait le créancier, on admit aussi cette dérogation. Ce principe résulte des textes suivants :

L. 5, §1, Dig., *De naut. fœn.* « In his omnibus et pactum *sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.* » Dans tous ces cas, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où les intérêts ont le caractère de *pretium periculi*, un simple pacte suffit, sans qu'il soit besoin de stipulation, pour faire naître l'obligation aux intérêts de la part de l'emprunteur. La loi 7, Dig., *De n. f.*, nous dit aussi : « In quibusdam contractibus etiam usuræ debentur *quemadmodum per stipulationem.* Nam si dederò decem trajectitia, ut salvâ nave cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere. »

Du reste, une semblable dérogation aux principes existe dans d'autres contrats que le *nauticum fœnus*. La preuve s'en trouve dans la loi 5, au Digeste, à notre titre, que nous allons expliquer.

Aucun texte ne présente de plus grandes difficultés d'interprétation et l'on peut dire qu'il y a sur cette loi autant d'explications que de commentateurs. Aussi, Cornelius Van Eck l'a mise au nombre des *septem leges damnatæ*. (Comment. *De septem damnatis legibus Pandectarum*, cap. VI).

Selon la plupart des interprètes, aucune loi n'aurait eu autant à souffrir de l'inattention des copistes que notre loi 5. Pour lui donner un sens plausible, il faudrait lui faire subir de nombreuses corrections. C'est ainsi que pense Cujas (*Recital. ad L. 5, Dig., De naut. fœn.*) et Noodt (*De fœnore et usuris*, lib. II, cap. 7, p. 218). Malheureusement, ce qui rend l'explication de ce texte plus difficile, c'est que ces romanistes varient sur les mots à corriger, et si, par hasard, ils sont d'accord sur le mot, ils diffèrent sur la manière de faire la rectification.

D'autres auteurs, au contraire, et parmi eux Doneau et Pardessus, ont expliqué la loi sans toucher au texte.

Avant d'exposer l'interprétation de chacun de ces jurisconsultes, disons qu'ils sont tous unanimes pour reconnaître à notre texte cette pensée générale. En matière de contrats aléatoires, les risques assumés par le créancier valent un prix, *periculi pretium*; et le pacte qui y est joint, même non revêtu de la forme de la stipulation, est civilement obligatoire.

Sans adopter aucune opinion comme l'expression de la vérité et sans laisser toutefois d'exprimer une préférence, nous nous bornons à rapporter les deux explications qui nous paraissent les plus ingénieuses : celle de Cujas et celle de Pardessus.

Citons d'abord le texte qui est du jurisconsulte Scaevola :

« Periculi pretium est, et si conditione quamvis pœnali non
« existente recepturus sis quod dederis, et insuper aliquid præter
« pecuniam, si modo in aleæ speciem non cadat : veluti ea, ex
« quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud
« facias, si non convaluero, et cætera. Nec dubitabis, si piscatori
« erogaturo in apparatus plurimum pecuniæ dederim, ut si cepis-
« set, redderet ; et athletæ undè se exhiberet, exerceretque, ut si
« vicisset, redderet. »

Voici maintenant comment s'exprime Pardessus au sujet de cette loi :

« Quelle est, de l'aveu de tous les interprètes, l'intention du juris-
« consulte Scaevola, auteur de ce fragment ? De prouver qu'il peut
« y avoir des négociations, autres que les prêts maritimes, réglées
« par des principes analogues à ceux du prêt à la grosse : c'est ce
« que Pothier fait remarquer avec soin. Dans ces sortes de prêts,

« dit Scævola, on considère comme prix du risque dont se charge
« le prêteur, ce qu'il stipule *insuper, præter pecuniam*. Mais il ne
« faut pas s'y méprendre, continue-t-il, s'il est vrai qu'on puisse
« stipuler quelque chose *insuper pecuniam*, lorsqu'on stipule par
« clause pénale, qu'à défaut de paiement au jour fixé le débiteur
« paiera une somme quelconque outre le principal, c'est à titre
« d'indemnité, et non *ut periculi pretium*. Pour qu'il y ait prix
« du risque, il ne suffit pas que le droit du créancier dépende
« d'une sorte d'incertitude, *cadat in aleæ speciem*, telles que sont
« les conventions d'où naissent des conditions, soit purement casuel-
« les, *si non convaluero*, soit dépendantes de la volonté du débiteur
« qui s'oblige à payer, au cas où il fera ou ne fera pas une chose,
« *si manumittas, si non illud facias* ; car il n'y a pas là un prix
« de risque, *periculi pretium*. Mais ce risque existe, *nec dubitabis*,
« lorsqu'on prête une somme à un pêcheur qui ne rendra rien s'il
« ne prend pas de poisson, et qui, s'il en prend, rendra le capital
« et *insuper aliquid*. Cet *insuper aliquid* est évidemment l'indem-
« nité du risque qu'a couru le prêteur de ne rien recevoir, et, par
« conséquent, c'est le *periculi pretium*. » (*Collection des Loix*
maritimes, t. 1, p. 115.)

Cette interprétation, qui a le grand avantage de ne pas toucher au texte, est vivement critiquée. Le tort de Pardessus serait de ne pas donner au mot *alea* la signification qui lui est propre. Par *alea* il faudrait entendre une incertitude telle que la convention qui y est soumise est par ce fait entachée de nullité, comme le jeu, le pari, contrats que la loi refuse de sanctionner.

Cette objection ne nous paraît pas très sérieuse et nous croyons que le mot *alea* a bien le sens étendu que lui donne Pardessus.

Selon Cujas, le texte doit être ainsi corrigé : « *Periculi pretium est, et si conditio, quamvis non pœnali existente, —* et non pas *quamvis pœnali non existente — recepturus sis, quod dederis, et insuper aliquid præter pecuniam, si modo in aliam speciem —* pour *aleæ speciem — non cadat, veluti ea ex quibus condictiones —* pour *condictiones — nasci solent, etc. »*

Voici, avec ces corrections, quel serait le sens de la loi :

Sans clause pénale et comme prix des risques courus par le créancier par suite de la condition imposée dans la convention, celui-ci peut, dans d'autres contrats que le *nauticum fœnus*, se faire promettre quelque chose en plus du capital prêté. Cette condition toutefois ne doit pas faire dégénérer le contrat en un contrat innommé, tel que le contrat *do ut facias*, ou bien *si manumittas, si non illud facias, si non convaluero*, etc., qui donnent naissance à des *condictiones*. Mais il y aura véritablement *pretium periculi* au cas, par exemple, où un pêcheur auquel vous avez prêté de l'argent devra vous le rendre et *insuper aliquid*, s'il fait bonne pêche, ou, encore, quand un athlète devra vous restituer le montant du prêt avec un supplément, s'il sort vainqueur de la lutte.

L'explication de Cujas, adoptée par de nombreux romanistes, ne nous paraît pas acceptable. Comment expliquer l'exemple « *si non convaluero*, » donné par Scaevola ? D'une semblable condition peut-il résulter un contrat innommé ? Cujas et ses partisans ne trouvent rien à répondre à cette objection. Cependant, ayant déjà fait subir trois corrections au texte, pourquoi n'en pas faire une quatrième en supprimant les mots qui les gênent ? Pourquoi s'arrêter en si bon chemin ?

L'interprétation de Pardessus nous paraît donc la meilleure, la plus logique ; on doit l'admettre comme la plus simple, si l'on persiste à vouloir dissiper l'obscurité qui entoure le sens de la loi 5.

§ 2. — *Différence entre le taux des intérêts ordinaires et celui du profit maritime.*

A l'origine de Rome, le taux des intérêts conventionnels était illimité ; sa fixation était tout à fait libre. Aussi, la cupidité des prêteurs n'eut pas de bornes, et les séditions de Rome n'eurent le plus souvent d'autre cause que leurs exigences excessives.

Jusqu'à la loi des XII Tables il en fut ainsi ; et c'est elle, comme nous l'apprend Tacite dans ses *Annales*, qui mit fin aux dissensions du forum en établissant le maximum de l'intérêt conventionnel. « Primò XII Tabulis, nous dit l'historien romain, sanctum est ne quis unciarto fœnore amplius exerceret, cùm antea ex libidine locupletium agitaretur. » (*Annales*, VI, 16.) Il fut donc défendu d'exiger des emprunteurs un taux supérieur à l'*unciartum fœnus*.

Quel était ce taux d'intérêts ? Différentes opinions ont été émises sur la valeur de l'*unciartum fœnus* : les uns ont voulu voir dans l'*unciartum fœnus* l'intérêt à 12 % par an ; mais cette opinion est généralement rejetée, car on ne voit pas comment le nombre 12 peut faire la douzième partie de 100. D'autres ont prétendu que l'*unciartum fœnus* désignait 1 % par an. Enfin, dans une troisième

doctrine mise en avant par Niebuhr, (*Hist. rom.*, t. 5, p. 80), et généralement adoptée par les interprètes modernes, l'*unctarium fœnus* serait le denier 12 ; l'intérêt pour une année serait donc un douzième du capital, soit $8 \frac{1}{3} \%$.

Des lois postérieures abaissèrent de moitié le taux maximum de l'intérêt et le *fœnus unctarium* fut remplacé par le *fœnus semi-unctarium*. (Tacite, eodem). On trouve aussi une lex *Licinia* et une lex *Dutlia Moenia* relatives aux intérêts, mais dont les dispositions ne nous sont pas connues. Une loi *Genucia*, publiée vers l'an 413, interdit absolument le prêt à intérêt ; elle ne fut pas observée. (Tite-Live, VII, 42).

A l'époque de Cicéron, s'établit l'usage d'un taux maximum nouveau, qui fut sanctionné par plusieurs édits provinciaux et même par un sénatus-consulte. (Cicéron, *Ad Atticum*, V, 21). Ce taux n'était autre que celui de la *centesima usura*, qui resta jusqu'à Justinien le maximum des intérêts conventionnels. « *Usuræ suprâ centesimam solutæ sortem minuunt : consumptâ sorte, repeti possunt.* » Les intérêts excédant le taux de la *centesima usura* ne sont pas dus ; s'ils sont payés, ce qui en a été payé est imputé sur le capital ; si la somme des intérêts payés égale le capital, ces intérêts peuvent être répétés.

On sait d'une manière certaine que la *centesima usura* était la centième partie du capital. L'intérêt ne se comptait pas à Rome comme chez nous ; à l'imitation des Grecs, les Romains comptaient l'intérêt au mois. Nous en trouvons la preuve dans les nombreuses allusions des écrivains qui, en parlant de l'effroi des débiteurs, se servent pour indiquer le jour de l'échéance des mots : « *Durissimæ kalendæ.* »

La fixation d'un taux maximum d'intérêts était étrangère au *nauticum faenus*. Dans ce contrat, le prêteur était libre d'estimer, comme il l'entendait, le *pretium periculi* qu'il consentait à prendre à sa charge. La loi agissait avec sagesse en se reconnaissant incompétente à évaluer un intérêt qui devait être basé sur les circonstances particulières du voyage projeté. « *Trajectitia pecunia*, dit « Paul, *propter periculum creditores, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.* » (Sent. II, tit. 14, § 3). Rien de plus raisonnable que cette liberté illimitée accordée aux parties jusqu'à Justinien. Elles seules peuvent apprécier l'équivalent auquel a droit le créancier et qu'elles devront proportionner au péril que tant de causes diverses feront varier dans chaque cas particulier. Toute restriction à la liberté des contractants sur ce point ne pourrait avoir que de fâcheux résultats, en entravant la circulation des capitaux et en diminuant considérablement le nombre des prêts maritimes si utiles au commerce et dans lesquels prêteurs et emprunteurs trouvent leur intérêt.

A cette législation sur les intérêts que nous venons d'exposer, Justinien en substitua une autre toute différente que nous trouvons dans la loi 26, au Code *De usuris*.

Dans cette loi, Justinien, s'appuyant sur ce motif que le taux des intérêts est trop élevé et constitue une charge trop lourde pour les emprunteurs, « *veterem duram et gravissimam earum molem, ad mediocritatem deducentes,* » abaissa le taux maximum des intérêts conventionnels et le remplaça par un intérêt variable avec la qualité du créancier.

A l'avenir, les personnes illustres « *personis illustribus, sive eas precedentibus* » ne pourront percevoir un intérêt supérieur

au tiers de la centesima usura, « *ultrà tertiam partem centesimæ*, » c'est-à-dire à 4 % par an. Quant à ceux qui se livrent aux opérations commerciales « *ergasteriis præsumt aut qui licitam negotiationem gerunt*, » le taux maximum ne pourra dépasser pour eux la moitié de la centesima usura, *usque ad bessem centesimæ*, soit 8 % par an. Enfin, les autres personnes ne pourront exiger de leur argent un rapport supérieur à 6 % par an, « *cæteros autem homines dimidtam tantummodò centesimæ usurarum nomine posse stipulari*. » Remarquons que c'est dans cette Constitution que nous voyons apparaître, pour la première fois, une différence quant au taux des intérêts civils et les prêts commerciaux, distinction reproduite dans la loi du 3 septembre 1807.

Malheureusement, Justinien alla plus loin dans la voie des innovations. Il apporta aux règles suivies dans le prêt maritime des modifications profondes. Trompé par la ressemblance des mots, sans voir ni peser l'immense différence entre le *mutuum* et le *nauticum fœnus*, il crut rendre sa réforme plus complète en supprimant les règles si sages du prêt à la grosse, règles que l'expérience de plusieurs siècles avaient consacrées : il limita le taux des intérêts maritimes. La loi 26 le dit en termes formels : « Quant aux contrats à la grosse et à ceux qui y ressemblent, le taux de l'intérêt sera de douze pour cent, *usque ad centesimam*, et pas au-dessus, quoique les anciennes lois aient permis de la dépasser ; en aucun cas, le juge ne devra souffrir qu'on excède le taux légal sous prétexte de quelque usage. Si un créancier enfreint la présente loi, il ne pourra, en aucune façon, exiger l'excédant ; s'il en a été payé, cet indû s'imputera sur le capital. En livrant son argent, il n'aura pas non plus le droit de faire des retenues, de quelque nom qu'il

« les appelle. » Ainsi, l'intérêt maritime ne pourra dépasser 12 % par an ; peu importe qu'il ait été convenu pour tout le voyage ou pour une certaine période de temps, au mois ou au jour.

Cette innovation est des plus malheureuses. Tous les commentateurs l'ont blâmée tant et si bien que plusieurs ont cherché à donner à la loi 26 une explication qui puisse la justifier.

Selon Dumoulin, (*Contract. usur.*, t. 2, page 39, N^{os} 91 et suiv.), Justinien n'entend point appliquer la loi 26 à tous les cas de *nauticum fœnus*. Cette loi ne vise que les prêts maritimes ne présentant aucun danger sérieux de navigation. Si, au contraire, le voyage présente des risques considérables, la loi 26 n'a pas d'application et il faut se reporter pour fixer les intérêts à la loi 5, Dig., *De naut. fœn.*, d'après laquelle des *infinitæ usuræ* peuvent être exigées. Cette interprétation bienveillante du texte injustifiable de Justinien ne saurait être admise ; elle est purement arbitraire et se trouve en contradiction avec les termes si clairs et si manifestes de la loi 26.

Emérigon a proposé, dans son *Traité des Contrats à la grosse*, I, sect. 1, une seconde explication. Selon lui, la loi 26 s'appliquerait à l'hypothèse d'un prêt d'argent fait en vue d'une expédition maritime, dans lequel le prêteur n'aurait pas pris à sa charge les risques de la navigation. Les règles anciennes continueraient de s'appliquer au *nauticum fœnus*. Cette explication ne s'appuie sur aucun texte ; elle n'a rien d'impossible, mais elle est peu probable.

Une seconde innovation relative aux intérêts maritimes se trouve aussi dans la loi 26 : le *nauticum fœnus* se calculera par an et non par voyage ; les parties durent en quelque sorte considérer plutôt le temps que les risques. Ce n'est pas là une disposition expresse de la loi, mais il est difficile de soutenir que cette règle n'y est pas conte-

nue au moins implicitement. Aussi, croyons-nous devoir repousser une troisième interprétation de la loi 26, proposée par Saumaise, (liv. V, page 189), d'après laquelle la *centesima* est dans le prêt maritime le maximum que l'on puisse se faire promettre sans qu'il y ait à tenir compte de la durée de la navigation. La traversée était-elle accomplie en un mois ou deux, le créancier pouvait réclamer douze pour cent aussi bien que si elle avait duré un an ; mais, d'autre part, il ne pouvait demander au-delà de la *centesima*, alors même que le navire était resté en mer plus d'une année. Ce système est contraire au texte qui parle d'une manière générale et qui aurait certainement contenu une disposition spéciale au *nauticum fœnus* si les intérêts ne devaient pas se compter dans le prêt maritime comme dans le prêt ordinaire. Et d'ailleurs, s'il ne devait être tenu aucun compte de la longueur du voyage, les prêteurs n'auraient jamais voulu donner leur argent pour de longues traversées.

La seule différence qui existe à ce point de vue entre les intérêts ordinaires et les intérêts maritimes, c'est que les premiers sont exigibles par douzième, le premier des calendes de chaque mois, tandis que les autres ne sont payables qu'après le voyage, en même temps que le capital.

Nous repoussons donc toutes les interprétations imaginées pour légitimer les décisions de la loi 26 et nous nous contentons de critiquer la Constitution de Justinien.

Cette législation nouvelle était trop dure pour être acceptée et suivie sans résistance. De nombreuses réclamations se firent entendre, et les négociants, obligés de trouver des capitaux à quelque prix que ce fût, consentirent à violer les dispositions de la loi 26 et à payer un *nauticum fœnus* supérieur à la *centesima usura*. C'est ce qui

semble résulter de l'ensemble de la Nouvelle 106, qui avait pour but de rendre au prêteur une certaine liberté dans la fixation de l'intérêt et de consacrer l'abrogation de la loi 26.

Dans cette Nouvelle 106, adressée au préfet du prétoire, Justinien nous dit qu'il a été consulté par deux capitalistes, Peter et Eulogius, qui font métier de prêter à la grosse, « consueverunt naucleris seu « negotiatoribus mutuare, » pour qu'il veuille bien les éclairer et faire cesser leurs doutes sur ce qui est permis ou défendu en matière de prêts maritimes. Avant de répondre, Justinien chargea son préfet du prétoire de faire une enquête et, dans ce but, de réunir un certain nombre de négociants ayant l'habitude de faire cette sorte d'affaires, pour savoir d'eux les usages du commerce sur ce point.

Ces négociants furent, en effet, réunis par le préfet du prétoire, et, après avoir prêté serment, ils expliquèrent les différentes clauses stipulées dans les contrats à la grosse.

Certains prêteurs imposaient à l'emprunteur l'obligation de charger sur leur navire une somme déterminée de marchandises par chaque solide qu'ils avaient prêté, « in singulis solidis pecuniarum « quas dederint unum tritici vel hordei imponere. » De plus, l'emprunteur était tenu de payer à titre d'intérêt un solide pour dix solides prêtés, soit 10 % par an. Cujas fait justement observer que, dans cette première espèce, l'intérêt dû au prêteur dépassait évidemment le taux légal de la *centesima usura*, c'est-à-dire le 12 % par an. (Cujas, t. 7, p. 862).

A côté de ce premier système, s'en trouvait un autre : les prêteurs stipulaient que l'emprunteur leur paierait le huitième de chaque solide par eux prêté, soit douze et demi pour cent. Le taux de la *centesima usura* eut été bien peu dépassé, si l'on s'en fut tenu là ;

mais il faut remarquer que cet intérêt du huitième était fixé non point à tant pour cent par an ou par mois, mais pour le voyage. « *Octavam partem* pro singulis solidis, nomine usurarum, non in tempus aliquod certum numerandum, sed donec naves revertantur salvæ. » Ainsi, quelle que fut la durée du voyage, le profit était toujours le même. Il est donc à présumer que les négociants n'avaient recours à ce mode de prêt que dans le cas, et c'était le plus fréquent, où la durée de la traversée était inférieure à une année.

Justinien approuva ces usages commerciaux et abrogea ainsi les dispositions si injustes de la loi 26, relatives au prêt maritime. L'intérêt n'était plus limité à la *centesima usura* et les prêteurs pouvaient désormais exiger le taux indiqué dans la Novelle que nous venons d'étudier.

Mais il paraît qu'un revirement rapide s'opéra dans l'esprit de Justinien. Sans que l'on connaisse le motif d'un changement aussi incroyable, il supprima la Novelle 106, rétablit par une nouvelle Constitution (Novelle 110) le système de la loi 26, et consacra à nouveau comme taux maximum d'intérêts la *centesima usura* : « Sic volumus causam procedere, tanquam si non scripta fuisset memorata lex, sed secundum de talibus positas leges a nobis negotia et æstimatione et sententiâ potiantur. »

Nous ne pouvons encore admettre ici l'opinion de Saumaise, qui, poussé par un trop grand désir d'excuser la législation de Justinien, soutient que par cette Novelle 110, la *centesima usura* est supprimée et que le droit pour les créanciers de se faire donner des intérêts illimités est désormais rétabli, (*De modo usurarum*, cap. 9, p. 377). Les derniers mots de la Novelle 110 : *secundum de talibus*

positas leges a nobis, nous paraissent suffisants pour repousser cette opinion.

§ 3. — *Différence entre les intérêts ordinaires et le profit maritime relativement au chiffre qu'ils pouvaient atteindre.*

Une troisième différence entre les intérêts ordinaires stipulés accessoirement à un *mutuum* et les intérêts maritimes dus en vertu du *nauticum foenus* est relative au chiffre que la somme des intérêts ne pouvait dépasser.

Il était de principe en droit romain que les intérêts dus dans un prêt ordinaire, ne pouvaient s'accumuler au point de dépasser le capital. Ils cessaient de courir dès que leur somme égalait le capital, de telle sorte que le prêteur ne pouvait jamais réclamer plus du double du capital en principal et intérêts : « *Suprà duplum usuræ* » et *usurarum usuræ nec in stipulationem deduci, nec exigi possunt: et solutæ repetuntur.* » (L. 26, § 1, *De condict. indeb.*)

Jusqu'à Justinien, on ne tenait pas compte, pour calculer le double, des intérêts déjà payés, mais seulement de ceux dus au moment du remboursement du capital. « *Usuræ per tempora solutæ non proficiunt ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.* » (L. 10, Cod. *De usuris*). Justinien décida que désormais tous les paiements partiels d'intérêts seraient imputés sur le double ; le débiteur était

libéré après avoir payé en intérêts une somme double du capital.
« *Usuræ minutim et per intervallum solutæ cum duplo compen-*
« *santur*, etiam si non universæ simul solutæ fuerint..... Verùm
« *excipitur id quod quæsitum est in 160 Nov. de usuris pecuniæ*
« *municipalis.* » (L. 29 et 30., Cod. *De usuris*).

Cette règle ne s'applique pas au profit maritime. Il peut atteindre et dépasser le chiffre du capital prêté à la grosse. Ceci résulte par *a contrario* de la loi 4, § 1, *De naut. fœn.* qui soumet à cette règle les intérêts moratoires stipulés accessoirement à un *nauticum fœnus*.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE LA *PCENA MORÆ* ET DES *OPERÆ SERVI* STIPULÉS ACCESSOIREMENT A UN *NAUTICUM FÆNUS*.

Nous avons déjà vu que le caractère essentiel du *nauticum fœnus* consistait dans la mise des risques à la charge du créancier, pendant la durée de la traversée ; nous avons également dit que le prêt maritime pouvait être fait pour l'aller et le retour ; que, dans ce cas, le créancier ne pouvait réclamer le capital et le profit maritime avant le retour du navire au point de départ ; ou bien qu'il pouvait être consenti soit pour un temps déterminé, soit pour une partie de la navigation, pour l'aller seulement par exemple.

Dans les deux cas, l'obligation de l'emprunteur de payer le capital et le profit maritime devait être exécutée dès la fin de la traversée. Si le prêteur acquittait sa dette, tout était pour le mieux ; mais souvent le débiteur ne se pressait pas de satisfaire aux clauses du contrat, et le créancier, obligé d'attendre, perdait, depuis l'époque de l'exigibilité de la dette, les revenus de son argent.

Pour éviter cette perte, les créanciers imaginèrent d'ajouter au contrat une clause spéciale dont l'effet était de faire courir les inté-

rêts à partir du jour où naissait pour eux le droit d'exiger le remboursement du capital et le profit maritime. A partir de ce jour, le prêteur à la grosse devenait un prêteur ordinaire.

Justinien avait, il est vrai, dans la Novelle 106, donné au débiteur un délai de trente jours pour lui permettre de vendre ses marchandises et de réaliser les fonds nécessaires à sa libération ; les intérêts moratoires ne couraient qu'à l'expiration de ce délai. Mais la Novelle 110 ayant, en termes généraux, abrogé la première de ces deux Constitutions, aucune de ces dispositions, quoi qu'en dise Cujas, (*Observat.*, lib. 27, cap. 37), ne peut subsister. La stipulation d'intérêts moratoires dans le cas d'inexécution du contrat de la part du débiteur, conservait donc toute son utilité.

Cette précaution n'était pas la seule que prenaient les capitalistes pour éviter tout retard de la part de l'emprunteur. Le plus souvent, les créanciers, ne se trouvant pas au lieu où devait être effectué le paiement, ne pouvaient avoir immédiatement leurs capitaux à leur disposition, et, pour cette cause, souffraient d'une privation plus ou moins longue de leur argent. Pour remédier à cet inconvénient, ils avaient l'habitude d'embarquer sur le navire de l'emprunteur un esclave chargé d'opérer, au moment convenu, le recouvrement du capital et du profit maritime et de leur rapporter les fonds.

La présence de cet esclave sur le navire avait un autre avantage ; c'était pour le prêteur un moyen de surveiller son débiteur et de se garantir contre les fraudes si faciles et si fréquentes au cours de la navigation, telles que pertes simulées ou naufrages volontaires.

Une fois que le navire avait atteint son port de destination, l'esclave recevait de l'emprunteur le capital et le profit maritime. Cette dernière somme, que le créancier avait pu stipuler très élevée,

du moins jusqu'à Justinien, comprenait la rétribution des services de l'esclave jusqu'au jour de l'exigibilité de la dette. Mais, après la cessation des risques, alors que l'intérêt maritime ne courait plus, si l'esclave était obligé d'attendre le remboursement par suite du retard mis par le débiteur à s'acquitter, le maître était privé de ses services aussi bien que de l'argent. En présence de cette éventualité, outre les intérêts moratoires dont nous avons parlé, les créanciers stipulaient le plus souvent une indemnité basée sur le dommage résultant de la privation des services de l'esclave.

La clause pénale avait donc pour motif principal la réparation du préjudice causé au *creditor* par l'exécution tardive du contrat, et pour motif subsidiaire, la compensation de la perte causée par l'absence de l'esclave.

Cette *pœna moræ* et ces *operæ servi*, convenus pour le temps où les risques auraient cessé d'incomber au prêteur, ne pouvaient plus être considérés comme un *pretium periculi* : les règles particulières au *naulicūm fœnus* ne leur étaient plus applicables et les principes ordinaires en matière d'*usuræ* retrouvaient leur application.

En conséquence de ces principes :

1° La *pœna moræ* et les *operæ servi* ne sont dues qu'autant qu'elles ont été l'objet d'une stipulation. En effet, par un pacte, on ne peut faire courir que l'intérêt maritime. C'est là, nous le savons, une exception aux principes généraux, qui obligent le prêteur à avoir recours à la stipulation *ad augendam debitoris obligationem*. « Si *pœna promissa est* », dit la loi 9, Dig., *De n. f.* ; la loi 4, au même titre, est encore plus précise : « Pro operis servi *trajectitiæ pecuniæ gratiâ secuti, quod in singulos dies in stipulationem deductum est.....* »

Toutefois, bien que l'intérêt de l'argent prêté ne puisse être dû en l'absence d'une stipulation, si elle est payée en vertu d'un pacte, le débiteur ne pourra exercer la *condictio indebiti* : « Quamvis
« *usuræ fœnebris pecuniæ citrà vinculum stipulationis peti non*
« *possint ; tamen ex pacti conventione solutæ, neque ut indebitæ*
« *repetuntur, neque in sortem accepto ferendæ sunt.* » L. 3, Cod.
De usuris). En effet, le pacte suffit, conformément aux principes du droit, pour que les intérêts soient dus *naturellement*, et, dès lors, pour que la répétition n'en soit pas admise s'il y a eu paiement.

2° La *pœna moræ* et les *operæ servi* ne pouvaient ensemble excéder la *legitima usura*. Si le créancier n'a stipulé qu'une seule de ces indemnités, le taux légal peut encore être atteint, mais non dépassé. C'est ce que nous enseignent les textes suivants :

L. 9, pr. Dig. *De usuris* : « *Pecuniæ fœnebris, intra diem certum*
« *debito non soluto, dupli stipulatum, in altero tanto suprâ modum*
« *legitimæ usuræ respondi non tenere.* » — L. 44, Dig. *De usuris* :
« *Pœnam pro usuris stipulari nemo suprâ modum usurarum licit-*
« *tum potest.* » — L. 4, Dig. *De naut fœn* : « *In stipulatione fœne-*
« *bris post diem periculi separatim interpositâ, quod in eâ legitime*
« *usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supple-*
« *bitur.* »

3° Les intérêts moratoires dus à titre de *pœna moræ* et d'*operæ servi* ne pouvaient, par leur accumulation, atteindre un chiffre supérieur au capital : « *Pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratiâ*
« *secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, non*
« *ultrâ duplum debetur.* »

De ce texte il résulte que la *pœna* ne peut dépasser le double du capital, ce qui est une application des principes généraux. Donc, le jour où ce capital se trouvera doublé par les intérêts, ceux-ci cesseront de courir. Rappelons à ce sujet que depuis Justinien, les intérêts déjà payés serviront à la décharge du débiteur et seront comptés *ad dupli computationem*.

Ici, se pose la question de savoir quel est le capital qui doit être doublé ? Est-ce le fonds, le capital prêté seul, la *pecunia trajectitia*, ou bien est-ce ce même capital, augmenté du profit maritime ? Sur ce point, il y a discussion. Pothier, se fondant sur ce que les lois romaines ont prohibé l'anatocisme, soutient que le double ne doit être calculé que sur l'argent prêté. Pour lui, le prêt maritime n'est qu'un intérêt ordinaire, dont le taux est plus élevé ; les textes le désignent du reste par les mots *usura maritima*, *nauticum fœnus*. Adopter un autre mode de supputer le double, ce serait faire produire des intérêts aux intérêts maritimes et violer la loi.

Ce système, selon nous, n'est pas admissible. L'argument basé sur les termes dont les Romains se servent pour désigner le profit maritime, n'a pas grande valeur. Dans notre matière, nous l'avons déjà dit, la terminologie romaine est inexacte et le prêt maritime n'a même pas une dénomination qui lui soit propre ; on l'indique par ses effets. De plus, l'opinion de Pothier repose sur une erreur relative à la nature de l'intérêt maritime, qui est bien moins un intérêt proprement dit que le prix des risques, le *pretium periculi*, courus par le créancier (L. 5, Dig., *De naut. fœn.*) La somme à doubler comprendra donc le capital prêté, plus le profit maritime.

Il nous reste un point à examiner pour achever l'étude de la

pœna moræ et des *operæ servi*. Dans notre droit actuel, la peine repose sur cette présomption que le créancier souffre du retard apporté par le débiteur dans l'exécution de son obligation. Si, au moment où le remboursement doit être effectué, le créancier ne poursuit pas son débiteur, cette présomption tombe ; pour faire courir les intérêts moratoires, le créancier doit faire sommation au débiteur de payer et constater son refus. Ce système est-il celui du droit romain ? Une interpellation est-elle nécessaire dans le prêt maritime pour faire naître le droit à la *pœna* ?

D'une part, Pomponius enseigne, d'après Labéon, que le débiteur n'est pas en demeure par la seule échéance du terme et qu'une interpellation est nécessaire. « Labeo ait, si nemo sit qui a parte
« promissoris *interpellari* *trajectitiæ pecuniæ* possit, id ipsum
« *testatione* complecti debere ut *pro petitione* id cederet. » (L. 2, Dig., *De n. f.*) Labéon dit également, dans la loi 9 : « Si *trajectitiæ*
« *pecuniæ pœna*, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus
« *pecuniæ solvendæ* fuerit, nemo vixerit qui eam pecuniam deberet,
« tamen perindè committi pœna potest, ac si fuisset heres debi-
« toris. » Ces deux textes supposent qu'au moment de l'échéance le débiteur est absent ou n'existe plus, de telle sorte que le créancier ne sait qui poursuivre. Dans ce cas, la mise en demeure étant impossible, le créancier devra y suppléer et sauvegarder ses droits en affirmant sa réclamation devant témoins.

D'un autre côté, Pomponius, dans la loi 9, *De usuris*, émet une opinion toute différente : « *Usurarum stipulatio*, quamvis debitor
« *non conventatur*, committitur. » Africain est encore plus explicite ; dans ce texte, Papinien, consulté dans l'hypothèse d'un prêt à la grosse, répondit : « *Ejus quoquæ temporis, quo interpellatus non*

« esset, pœnam peti posse : ampliùs etià si omnino interpellatus
« esset. » (L. 23, Dig. *De oblig. et act.*) Ainsi, selon ce juris-
consulte une interpellation est inutile, car il se pourrait que le
créancier fût mis dans l'impossibilité de la faire, et il serait injuste
que cet accident profitât à son débiteur.

Cette contradiction résulte d'une vive controverse qui existait sur
ce point entre l'école des Proculiens et celle des Sabinien. Les pre-
miers, plus attachés à la rigueur des principes, soutenaient qu'une
mise en demeure était nécessaire, tandis que les Sabinien émet-
taient un avis opposé. Justinien mit fin à la controverse en consacrant
formellement l'opinion sabinienne, et la loi 12, Cod., *De contr.,
et committ. stip.*, décida que les intérêts moratoires courraient
par la seule échéance du terme. « Sciat minimè se posse debitor ad
« evitandam pœnam adjicere, quod nemo eum admonuit.... quum
« ea, quæ promisit, ipse in memoriâ suâ servare, non ab aliis sibi
« manifestari debeat poscere. » Outre la raison que donne l'empereur
pour expliquer sa décision, on peut dire que la clause pénale est une
obligation conditionnelle qui devient exigible le jour où la condition
est accomplie, c'est-à-dire le jour où l'obligation principale n'a pas
été exécutée.

Il est tout naturel que la *pœna* ne soit pas encourue si le débiteur
s'est trouvé dans l'impossibilité de s'acquitter à l'échéance par la
faute ou le fait du créancier. C'est là un principe général formulé
dans les deux textes suivants : (L. 104, Dig., *De verb. oblig.*) « Si
« *per debitorem mora non esset* quominùs id quod debebat, solveret,
« continuò eum debito liberari. » (L. 9, § 1., Dig., *De usuris*) : « Si
« tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur,
« ejus temporis inculpatam esse moram constituit. » Enfin, Ulpien

fait l'application de ce principe au *nauticum fœnus* : « Servius ait
« pecuniæ trajectitiæ pœnam peti non posse, *si per creditorem*
« *stetisset*, quominus eam intra certum tempus præstitum acci-
« piat. » (L. 8, Dig., *De naut. fœn.*)

CHAPITRE CINQUIÈME

DES GARANTIES DU PRÊTEUR A LA GROSSE.

Dans le prêt maritime, comme dans tout autre contrat, le créancier pouvait se faire donner des garanties contre l'insolvabilité de son débiteur. Ces garanties étaient ici d'autant plus nécessaires que les risques étaient plus grands, et il y aurait eu imprudence à ne pas se prémunir contre les fraudes, si nombreuses et si faciles pendant la navigation.

Les garanties que pouvait exiger le prêteur étaient ou personnelles ou réelles.

Parmi les sûretés les plus efficaces, le créancier pouvait demander à Rome, l'adjonction d'un fidéjusseur. Nous ne trouvons dans les textes aucune règle spéciale sur la fidéjussion dans le *nauticum fœnus* ; il faudra, par suite, appliquer les principes généraux. Au moment du contrat, le prêteur exigeait l'intervention d'une ou plusieurs personnes, qui s'engageaient à acquitter la dette à défaut du débiteur. Cette obligation accessoire ne pouvait jamais dépasser le montant de l'obligation principale ; elle devait avoir le même objet sous peine de nullité, et il en résultait que, sauf convention con-

traire, le fidéjusseur était tenu de payer le capital prêté et le *nauticum fœnus* si le navire avait fait une bonne traversée. Dans le cas de retard du débiteur à exécuter son obligation, le fidéjusseur répondait aussi du paiement de la *pœna moræ* et des *operæ servi*.

Mais le plus souvent les navigateurs, se trouvant en pays étrangers, où ils n'avaient aucune relation commerciale, ne pouvaient offrir des sûretés personnelles pour garantir les prêts qu'ils étaient obligés de contracter, et se voyaient contraints d'affecter au paiement de leur dette, soit les marchandises achetées avec l'argent prêté, soit le navire lui-même, soit, tout à la fois, le navire et sa cargaison. En cas d'insuffisance de ce *pignus*, ils l'augmentaient du chargement embarqué sur d'autres navires. « Fœnerator pecuniam
« usuris maritimis mutuam dando, quasdam merces in nave pignori
« accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum
« mercium aliis navibus impositarum, propriisque fœnatoribus obli-
« gaturum si quid superfuisset, pignori accepit. » (L. 6., Dig., *De n. f.*). Souvent même le prêteur engageait la totalité de ses biens.

Il est à remarquer que les différents jurisconsultes romains qui parlent des garanties données dans notre contrat par le débiteur au créancier, emploient le mot *pignus*. Mais n'est-ce pas une hypothèque plutôt qu'un gage ? D'après les Institutes (§ 7, *in fine*, *De act.*) le mot *gage* s'applique à la chose dont la remise a été faite au créancier; le mot *hypothèque* désigne, au contraire, la chose affectée sans tradition. Ulpien admet aussi cette différence. (Dig., L. 9, § 2. *De pign. act.*). Papinien semble mettre ces deux garanties au même niveau : « Discussio periculo, nec pignora vel hypothecæ titulo
« majoris usuræ tenebuntur. » (L. 4, Dig., *De n. f.*). Enfin Marcien (D., L. 5, § 1, *De pign. et hyp.*) dit : « Inter pignus et hypothecam

« *tantum nominis sonus differt.* » Que signifient ces opinions si contradictoires ? La divergence n'est qu'apparente, et Justinien la fait disparaître dans le § 7, *De act.*, aux Institutes, en disant qu'en ce qui regarde l'action hypothécaire, il n'y a aucune différence entre l'hypothèque et le gage, et que les deux dénominations peuvent être employées pour désigner toute chose qui répond d'un paiement.

Dans notre matière, la garantie désignée par le mot *pignus* est, croyons-nous, une hypothèque, car d'après les textes elle n'a aucun des signes caractéristiques du gage.

Quelle était l'étendue de cette hypothèque ? Elle garantissait le paiement du capital et des accessoires de la dette. C'est là un principe général : « *Non tantum sortis et earum usurarum nomine quæ accesserunt, antequam Mœvius crederet, sed etiam earum quæ postea accesserunt, Titius potior est.* » (L. 18, Dig., *Quot pot. in pig.*). Il en était de même dans le *nauticum fœnus* et l'hypothèque garantissait le remboursement du capital, du profit maritime et de la *pœna moræ*. Cette hypothèque n'empêchait nullement la vente des marchandises sur lesquelles elle portait ; et si le contrat avait été fait pour l'aller et le retour, les marchandises nouvelles étaient subrogées aux marchandises vendues et étaient grevées du même droit d'hypothèque.

L'effet de l'hypothèque était de conférer au créancier hypothécaire le droit d'être payé sur la chose affectée par préférence à tous les créanciers simplement chirographaires. S'il existe plusieurs créanciers ayant hypothèque sur la même chose, la question se pose de savoir, au cas où le prix est insuffisant pour les désintéresser tous, lequel aura la priorité. Le conflit existant entre leurs prétentions respectives sera régi par les deux principes suivants :

1° Si les divers créanciers hypothécaires ont reçu hypothèque dans le même temps, l'égalité existe dans leurs droits, et il faudra appliquer le principe: « Qui concurrunt tempore, concurrunt jure, » tiré de la loi 20, § 1, Dig., *De pignoratitia actione*, et formulé par Pothier. Si le montant de la garantie n'équivaut pas à la somme des créances des différents prêteurs à la grosse, ils ne viendront pas par préférence les uns aux autres, mais ils viendront en concours et toucheront une somme proportionnelle à la valeur de leur créance. « Si duo pariter de hypothecâ paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur? Et magis est ut *pro quantitate debiti* pignus habeant obligatum. » (L. 16, § 8, Dig., *De pign. et hyp.*).

2° Si, au contraire, l'hypothèque a été consentie aux différents créanciers à des époques différentes, leur situation est réglée par un principe qui n'est en quelque sorte que le corollaire du précédent: « *Prior tempore, potior jure.* » (L. 3. pr. Dig. 20. 4). Le créancier qui a reçu le premier la garantie prime le second; cela est de toute justice, car il avait à la chose un droit acquis que le débiteur n'a pu lui ôter par des contrats ultérieurs.

Mais cette règle cesse d'être applicable toutes les fois que l'hypothèque, à raison de la quotité de la créance, méritera d'être privilégiée. Dans ce cas, elle primera les hypothèques consenties antérieurement. Cette faveur sera accordée au créancier comme sûreté des dépenses qu'il a faites pour la conservation d'une chose déjà hypothéquée. Rien n'est plus juste, plus équitable, que cette préférence en faveur du créancier dont les deniers ont servi à la conservation de la chose. Aussi est-elle consacrée par tous les textes et particulièrement, en notre matière, par les deux lois suivantes.

Ulpien, dans la loi 5, Dig., *Qui potiores in pignore*, nous dit : « *Interdum posterior potior est priori*, ut puta, si in rem istam *conservandam* impensum est, quod sequens credidit : veluti si *navis* fuit obligata, et ad armandam eam rem, vel reficiendam ego credidero. » Dans la loi 6, le même jurisconsulte accorde une hypothèque privilégiée au créancier dont les deniers ont été employés à payer la nourriture de l'équipage, à assurer la conservation des marchandises, ou à payer le fret.

Tels sont les effets de l'hypothèque que le prêteur s'est fait consentir ; tels sont les principes qui régleront le concours de plusieurs créanciers hypothécaires.

Toutefois, la condition essentielle pour que le créancier puisse user de son droit d'hypothèque est l'heureuse arrivée du navire. Une règle générale à la matière des hypothèques, règle que nous retrouvons dans le *nauticum fœnus*, est que l'hypothèque, droit accessoire, ne survit jamais à l'extinction de la dette principale. Or, dans notre contrat, la créance ne devient exigible que si le navire arrive à bon port ; si, au contraire, il périt, la créance s'évanouit et l'hypothèque, n'ayant plus de cause, cesse d'exister.

C'est en vertu de ces principes que le jurisconsulte Paul résout, dans la loi 6 de notre titre, l'espèce suivante : Un créancier a reçu une hypothèque sur les marchandises chargées sur le navire dont les risques sont à sa charge et, en cas d'insuffisance de cette première hypothèque, il en a exigé une seconde sur des marchandises embarquées sur d'autres navires. On se demande quel sera l'effet de cette garantie subsidiaire ? Elle sera inutile si le navire périt dans les termes du contrat ; mais cette hypothèque supplémentaire aura son effet, si le navire étant arrivé heureusement, les marchan-

disés soumises à l'hypothèque principale ont péri par suite d'un accident dont le prêteur ne répondait pas.

Une dernière question nous reste à étudier à propos des garanties accordées au créancier. C'est celle de savoir si le prêteur, qui ne s'est fait donner aucune sûreté spéciale, ne tient pas directement de la loi un avantage sur les créanciers. Dans plusieurs cas, la loi accorde à certaines créances, à raison de leur nature ou de leur qualité, un *privilegium*, privilège, qui, en droit romain, diffère essentiellement du privilège de notre droit français. En effet, alors que celui-ci prime toutes les autres créances, tant hypothécaires que chirographaires, le privilège romain est une qualité de créance qui n'en change pas la nature et lui laisse son caractère chirographaire ou hypothécaire. En conséquence, le privilège attaché à une créance chirographaire primait toutes les autres créances chirographaires, mais était lui-même primé par les créances hypothécaires ; au contraire, le privilège attaché à une créance hypothécaire était préféré à toutes les autres créances, tant hypothécaires que chirographaires.

Ce *privilegium* appartenait-il au prêteur à la grosse ? La loi lui avait-elle accordé cette faveur ?

Aucun texte ne répond directement à notre question. La loi 26, D., *De rebus auct. judic.*, accorde cependant un privilège au créancier qui a prêté de l'argent pour réparer, armer ou acheter un navire : « Qui in navem extruendam, vel instruendam, credidit, vel etiam emendam, privilegium habet. » Quelle est la nature de ce *privilegium* ? Est-ce un privilège simple ou une hypothèque privilégiée.

On a soutenu qu'il y avait là une hypothèque privilégiée. Pour en décider ainsi, on s'appuyait sur la loi 1, Dig., *In quibus causis*

pignus, dont le texte est de Papinien, et aux termes de laquelle un sénatus-consulte, rendu sous Marc-Aurèle, accorde une hypothèque privilégiée (*pignus*) à celui qui prêtait ses deniers pour reconstruire un édifice, *ob restitutionem aedificti*. Par argument d'analogie, les partisans de cette opinion étendaient ce que ce texte dit des édifices au cas où les deniers avaient servi à construire ou à réparer un navire. Ils ont, en outre, invoqué à l'appui de ce système, la loi 34, D, *De rebus auct. judic.*, d'après laquelle le privilège dont nous nous occupons vient immédiatement après le privilège du fisc, « Habet privilegium *post fiscum*. » On a ainsi raisonné : le privilège du fisc prime toutes les créances, tant hypothécaires que chirographaires. Paul nous en donne la preuve, (Sent., -V, 12, 10) en disant : « Pri-
« vilegium fisci est *inter omnes creditores* primum locum tenere. » Le fisc a donc une hypothèque privilégiée, et il en est de même du prêteur à la grosse qui vient immédiatement après lui. Enfin, ajoutent les défenseurs de ce système, comment pourrait-on concevoir que le créancier qui a fait naître ou a conservé l'objet sur lequel repose l'hypothèque consentie à un autre créancier ne soit pas préféré à ce dernier ?

Malgré ces arguments, nous ne saurions nous rallier à cette opinion, et nous croyons que le prêteur à la grosse ne primera que les créanciers chirographaires.

L'analogie tirée de la loi 1, Dig., *In quibus causis pignus*, n'existe pas. De tout temps, le droit romain avait favorisé d'une manière toute spéciale la construction et la réparation des édifices, et aucun texte n'est assez précis pour nous autoriser à en décider de même en ce qui concerne les navires.

Quant à l'argument tiré de la loi 34, D., *De rebus auct. judic.*, et

du texte de Paul, il est facile d'y répondre en traduisant autrement la pensée de ce jurisconsulte : le privilège du fisc prime tous les créanciers chirographaires ; le privilège de la loi 34, en faveur du prêteur à la grosse, prime aussi les créanciers chirographaires, mais est primé par celui du fisc, qui tient le premier rang entre ceux qui ont un *privilegium*.

Il ne résulte, en effet, nullement de cette loi 34 que le fisc ait eu jamais une hypothèque tacite privilégiée. Décider autrement, ce serait donner au mot *privilegium* un sens qu'il n'a jamais eu en droit romain.

D'autres ont réfuté l'opinion que nous combattons en disant qu'on ne peut argumenter du mot *pignus* employé par la loi 1 *De rebus auct. judic.*, pour accorder une hypothèque privilégiée *ob restitutionem ædificii* ; car tous les autres textes qui s'occupent de cette hypothèse ne donnent à celui qui a édifié ou relevé une construction qu'un simple *privilegium exigendi*. (L. 25, D., *De rebus creditis*. — L. 24, 31, D., *De rebus auct. judic.*) Par suite, en raisonnant par analogie en faveur du prêteur à la grosse, on ne pourrait jamais que lui accorder également un *privilegium exigendi* et non pas une hypothèque privilégiée.

CHAPITRE SIXIÈME

DES ACTIONS QUI RÉSULTENT DU *NAUTICUM FÆNUS*.

L'étude à laquelle nous nous sommes livré sur le *nauticum fœnus* demande, pour être complétée, un exposé des actions qui appartiennent au prêteur afin d'obtenir le remboursement des sommes qu'il a fournies et de l'intérêt maritime qu'il a stipulé en cas d'heureuse arrivée du navire. Dans toute institution du droit romain, la procédure est trop intimement liée aux principes mêmes du droit pour qu'on puisse l'en séparer. Les textes sont absolument muets au sujet des actions qui appartiennent au prêteur dans le *nauticum fœnus* pour faire reconnaître son droit : devant ce silence de la loi, il nous faudra donc recourir aux principes généraux qui régissent la matière et nous inspirer du caractère que nous avons reconnu au *nauticum fœnus*.

En effet, suivant l'espèce de contrat que l'on voudra voir dans le *nauticum fœnus*, les actions qui en dériveront seront très variables. Voudra-t-on faire de notre contrat un louage ou une sorte de société ? C'est l'action *utilis locati* ou l'action *pro socio*, ou même une action *in factum*, construite sur le modèle de l'une des deux

précédentes, qu'il faudra accorder au prêteur. Si l'on suit l'opinion de M. Savigny qui fait du *nauticum fœnus* un contrat innommé, on devra reconnaître au prêteur l'action *præscriptis verbis*.

Mais, on l'a déjà vu, nous n'avons suivi aucun de ces systèmes et, nous appuyant sur les textes qui qualifient unanimement le *nauticum fœnus* de *mutuum*, nous avons fait du prêt maritime une forme spéciale de ce dernier contrat. L'action qui, d'après nous, doit appartenir au prêteur sera donc la *condictio certi*, par laquelle il réclamera l'équivalent de ce qu'il a fourni ; quant aux intérêts, ils seront demandés par la *condictio certi* ou *incerti*, suivant que les parties seront convenues d'une somme fixe pour tout le voyage ou auront décidé que la quotité des intérêts varierait suivant la durée plus ou moins longue de la traversée.

L'allégation de Savigny, d'après laquelle le *nauticum fœnus* donnerait lieu à l'action *præscriptis verbis*, a déjà été réfutée par l'argumentation que nous avons fournie dans le 1^{er} Chapitre de notre thèse pour établir que ce contrat était un *mutuum* et non un contrat innommé. Nous avons cependant réservé un argument des plus concluants en faveur de notre opinion, et le temps est venu de l'exposer.

L'action *præscriptis verbis* est très probablement d'une date relativement récente, dans la jurisprudence romaine ; elle paraît avoir été imaginée, à l'époque d'Auguste, par Labéon, chef de l'école proculienne : or, le *nauticum fœnus* était connu bien longtemps avant, puisque Caton le pratiquait déjà et le recommandait à son fils au VI^e siècle de Rome. De plus, les Sabinien, on le sait, résistèrent longtemps à l'introduction de cette action dans le droit romain,

et chacune de ses applications donna lieu entre les deux écoles de jurisconsultes à de très vives controverses, dont nous retrouverions la trace dans les textes relatifs au *nauticum foenus*, s'il avait été question d'en faire usage dans ce contrat.

Mais ce qui nous paraît absolument convaincant, c'est un texte d'Ulpien (L. 2., § 8, *De eo quod certo loco*), duquel il résulte que ce jurisconsulte accorde au prêteur dans le *nauticum foenus* l'exercice de l'action *de eo quod certo loco*. Quelques détails préalables sur cette action sont nécessaires pour expliquer clairement l'argument que nous voulons en tirer en faveur de notre opinion. A Rome, le débiteur ne pouvait, en principe, être actionné qu'au lieu fixé pour le paiement ; c'est là que le créancier devait exercer ses poursuites, la condamnation n'étant exécutoire que là où elle avait été prononcée. La fixation d'un lieu déterminé pour le paiement était très fréquente dans le *nauticum foenus* : on convenait souvent que le remboursement se ferait au port d'arrivée. Or, il pouvait se présenter que le débiteur, par mauvaise foi ou négligence, ne se rendît pas au lieu désigné pour le paiement. Quelle était alors la ressource du créancier ? Il fallait distinguer :

Agissait-il par une action de bonne foi ? Il pouvait, à son gré, assigner le défendeur à Rome, au domicile du débiteur, ou même devant tout autre magistrat. Alors, en effet, le juge avait plein pouvoir pour apprécier *ex æquo et bono*, tout l'intérêt qu'il y avait pour le débiteur à être actionné au lieu convenu plutôt qu'ailleurs, et dans la condamnation qu'il prononçait, il n'avait qu'à tenir compte du préjudice qu'avait pu lui causer la citation devant un autre tribunal.

Le demandeur n'était muni que d'une action de droit strict : aussi

sa position était-elle peu avantageuse. On sait, en effet, que dans les actions de cette nature, le juge était étroitement lié par les termes mêmes de la formule dont il lui était impossible de sortir. Si donc le paiement devait avoir lieu dans un endroit déterminé, il ne pouvait être réclamé ailleurs ; si on violait la convention à ce point de vue, le juge, à qui les termes du contrat s'imposaient, était obligé de constater que le demandeur outrepassait son droit et de le débouter purement et simplement. Il y avait, en un mot, une *plus petitio loco*, qui entraînait une déchéance d'exercer à jamais son action devant tout autre tribunal. Si le débiteur ne se rendait pas au lieu fixé pour le paiement, il était, par suite, impossible d'agir contre lui, car on sait qu'à Rome, il n'y avait pas de jugement par défaut et que le défendeur qui ne se présentait pas, l'*indefensus*, pouvait se soustraire à toute condamnation.

Pour remédier à ce grave inconvénient, le prêteur créa l'action *de eo quod certo loco*, qui consistait en une modification de la formule tendant à convertir en *condictio incerti* une *condictio certi* et à rendre arbitraire l'action primitive. Par cette modification, toute *plus petitio* devenait impossible, puisque cette cause de déchéance ne peut se présenter que dans les *condictiones certi* ; il était donc possible d'assigner le débiteur ailleurs qu'au lieu fixé pour le paiement ; d'autre part, l'action étant devenue arbitraire, le juge avait le pouvoir d'enjoindre au défendeur de donner au demandeur la satisfaction qu'il appréciait *ex æquo et bono*. Dans l'hypothèse du *nauticum fœnus*, cette satisfaction était l'engagement pris par le débiteur, que le paiement serait fait à un lieu déterminé :
« *Cautione ab eo exactâ de pecuniâ ibi solvendâ, ubi promissa*
« *est.* (L. 4, § 1, Dig., *De eo quod certo loco*). Si le débiteur refusait

de prendre cet engagement, le juge le condamnait ; mais, dans cette condamnation, le juge n'était plus lié par la formule : il pouvait prendre en considération la différence du lieu de paiement et fixer, suivant l'équité, le montant de la valeur à fournir par le débiteur. Grâce à ces modifications, le danger de la *plus petitto* avait disparu et le prêteur pouvait assigner l'emprunteur soit au domicile de ce dernier, soit à Rome, la patrie commune de tous les citoyens.

Ceci posé, il est facile de voir quel est l'argument que nous voulons tirer de ce fait que le prêteur, dans le *nauticum fœnus*, avait l'action *de eo quod certo loco*, contre l'opinion de Savigny qui lui reconnaît l'action *præscriptis verbis*. En effet, l'action *de eo quod certo loco* n'a qu'un but : remédier aux inconvénients des actions *stricti juris* au point de vue de la *plus petitto* ; il eut donc été inutile de l'accorder à un créancier qui aurait déjà eu une action de bonne foi. Or, d'après la grande majorité des romanistes, l'action *præscriptis verbis* est une action de bonne foi : il faut donc supposer que le prêteur à la grosse chez les Romains n'avait qu'une action de droit strict, action qui ne peut être que la *condictio ex mutuo*, puisqu'on avait cru nécessaire de lui accorder l'action *de eo quod certo loco*.

Du reste, l'utilité que présentait cette action pour le prêteur disparut avec le système formulaire, la *plus petitto* ne pouvant plus se présenter avec la procédure extraordinaire. Sous Justinien, la *plus petitto loco* n'avait plus pour effet que de faire condamner le demandeur à payer au débiteur le triple du dommage que causait à ce dernier le fait d'être actionné ailleurs qu'au lieu fixé pour le paiement. (L. 2, § 2, C., *De plus petitto*.)

Pour en finir avec les actions appartenant au prêteur dans le *nauticum fœnus*, il nous faut noter une modalité toute particulière qui était susceptible d'affecter la *condictio* exercée contre l'emprunteur à la grosse. On connaît cette idée caractéristique des Romains qui leur faisait profondément dédaigner toute opération mercantile pour se livrer exclusivement à l'agriculture ou au métier des armes. Une conséquence de ce préjugé fut que les citoyens romains, désirant tout à la fois recueillir les avantages du commerce maritime et ne pas en assumer les soins, peu conformes à leur dignité, préposaient à la direction de leurs navires un esclave, parfois même un fils de famille, qui était qualifié de *magister navis*. Dans certains cas, le *magister navis* était autorisé à contracter un emprunt : par exemple, pour réparer son navire, pour nourrir ses matelots, etc. (L. 1, § 7 et 8, Dig., *De exercit. act.*). Or, tout autorise à croire, la généralité des textes comme l'absence de motifs en faveur de l'opinion contraire, que cet emprunt pouvait être fait dans la forme d'un *nauticum fœnus*.

Mais ici, se présentait un inconvénient. Qui eût voulu prêter à un esclave et à un fils de famille, alors que, par leur condition même, ils ne présentaient aucune garantie de solvabilité ? Cette difficulté fut comprise par le prêteur qui imagina l'action *exercitoria*. Dérogeant au principe fondamental du mandat en droit romain, la non représentation, le droit prétorien admit que le prêteur, en pareil cas aurait son recours, non seulement contre l'esclave ou le fils de famille, mais encore contre le maître ou le *paterfamilias* qui l'avait préposé et qu'on qualifiait d'*exercitor*. Cette règle fut même étendue au cas où le *magister navis* était un homme libre. (*Gatus*, IV, § 71. — *Inst. Just.*, IV, tit. VII, § 2). Même si l'*exercitor* était aussi

soumis à la puissance d'une autre personne, c'était contre cette dernière que l'action pouvait être intentée. Lorsque le *magister navis* s'était substitué un tiers dans la conduite du navire et que le contrat avait été passé avec ce tiers, l'action exercitoire n'en pouvait pas moins être exercée contre l'*exercitor*. (L. 1, § 19, 20, 5, Dig., *De exercit. act.*).

Remarquons, en finissant, que l'action exercitoire n'est pas une action spéciale, mais simplement l'action ordinaire résultant du contrat passé et munie d'une efficacité plus grande. Aussi les jurisconsultes ont-ils désigné par une expression commune toutes les actions qui ont ce caractère, afin de montrer que ce ne sont pas là des actions spéciales, mais des actions ordinaires auxquelles on reconnaît un effet particulier : celui de pouvoir être exercées contre une personne autre que celle avec laquelle on a contracté. On sait, en effet, que les actions *exercitoire*, *institore*, *quod jussu*, *de peculis*, *de in rem verso*, *tributoire*, sont qualifiées d'actions *adjectitiæ qualitatæ*, c'est-à-dire auxquelles une qualité spéciale est ajoutée. Ainsi, dans le *nauticum fœnus*, l'action exercitoire se réduit à la *condictio ex mutuo*, que l'on exerce contre le préposant du *magister navis*.

POSITIONS.

- I. — Le *nauticum fœnus* est un *mutuum*.
- II. — L'action *præscriptis verbis* est une action de bonne foi.
- III. — La loi 5, au Digeste, *De nautico fœnore*.
-

DROIT FRANÇAIS

DU CONCORDAT

EN MATIÈRE DE FAILLITE

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET Commentaire du Code de commerce, (*Faillites et Banqueroutes*. — 2^e édition, 1868-1871).
- AUBRY ET RAU Cours de droit civil français. (4^e édition).
- BÉDARRIDE Traité des Faillites et Banqueroutes. (4^e édition).
- BOISTEL Précis de droit commercial. (2^e édition).
- BOULAY-PATY Cours de droit commercial et maritime. (Bruxelles, 1838).
- BRAVARD - VEYRIÈRES ET
DEMANGEAT. Traité de droit commercial. (*Faillites et Banqueroutes*, 1864).
- CAMBERLIN Manuel pratique des tribunaux de commerce. (1^{re} édition).
- CARLE La Faillite dans le droit international privé.
- DALLOZ Jurisprudence générale. (V^o *Faillite*).
- DEMOLOMBE. Traité des successions.
- DUFOUR Revue de droit commercial. (1863).
- DURANTON. Cours de droit français, suivant le Code civil. (4^e édition).
- FÉLIX ET DEMANGEAT . . Traité de droit international privé. (4^e édition).
- GEOFFROY Code pratique des Faillites.
- LABBÉ Revue pratique de droit, tome VII.
- LAINNÉ Commentaire sur les Faillites.
- LAROMBIÈRE Théorie et pratique des obligations. (1857).

- LAROCHE-SAYSSINEL . . . Formulaire général des Faillites et Banqueroutes. — (3^e édition, revue par Dutruc).
- MARX Des droits de la femme dans la faillite du mari. (Thèse pour le doctorat. — Bordeaux, 1879).
- MASSÉ. Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. — (3^e édition, 1874).
- MERLIN Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, (V^e *Rapport*. — Edition de Paris).
- PARDESSUS Cours de droit commercial, (*Faillites et Banqueroutes*. — 6^e édition, 1856-1857).
- PASQUALE FIORE Cours de droit international privé.
- POTHIER. Traité des obligations; Traité des successions; Œuvres complètes. — (Edition Berville).
- RENOUARD Traité des *Faillites et Banqueroutes*. (3^e édition).
- RIVIÈRE. Répétitions écrites sur le Code de commerce, (*Faillites et Banqueroutes*. — 6^e édition).
- ROCCO. Diritto civile internazionale.
- RUBEN DE COUDER. Dictionnaire de droit commercial et industriel, (V^e *Faillites, Concordat, Vérification*).
- TEULET ET CAMBERLIN. . *Journal des tribunaux de commerce.*
-

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES.
INTRODUCTION	I
 CHAPITRE PREMIER. 	
Formation du concordat	3
SECTION I. — Convocation des créanciers et du failli. . .	3
A quels moments pourra-t-on procéder à la formation du concordat ?	3
Convocation des créanciers.	7
Convocation du failli	9
Comment les créanciers et le failli peuvent-ils se présenter à l'assemblée ?	9
SECTION II. — Tenue de l'assemblée.	12
Formalités préliminaires du vote.	12
Vote du concordat	14
Composition de la majorité pour l'obtention du concordat	25
SECTION III. — Solution de l'assemblée	35
Résultat du vote.	35
Cas où le concordat est impossible.	39
SECTION IV. — Homologation du concordat.	42
Cas où il n'a pas été formé d'opposition . . .	45
Cas où il a été formé une opposition.	48

VIII

APPENDICE AU CHAPITRE PREMIER. — Cas de faillite des sociétés	54
Sociétés de personnes.	58
Sociétés de capitaux	65

CHAPITRE DEUXIÈME.

Des effets du concordat, de son exécution. .	67
SECTION I. — Effets légaux	67
Le concordat met fin au dessaisissement. .	73
L'homologation conserve aux créanciers l'hypothèque de l'article 490	76
SECTION II. — Effets conventionnels	81
SECTION III. — De l'exécution du concordat.	89
APPENDICE AU CHAPITRE DEUXIÈME. — Du concordat au point de vue du droit international privé . . .	99

CHAPITRE TROISIÈME.

Annulation et résolution du concordat . . .	109
SECTION I. — De l'annulation du concordat	109
SECTION II. — De la résolution du concordat	117
SECTION IV. — Du cas de seconde faillite.	125

CHAPITRE QUATRIÈME.

Du concordat par abandon d'actif.	127
---	-----

APPENDICE

DU CONCORDAT AMIABLE

INTRODUCTION.	135
-----------------------	-----

CHAPITRE PREMIER.

Des concordats amiables intervenus avant la déclaration de faillite	139
SECTION I. — Concordat moyennant abandon immédiat de l'actif, ou le paiement immédiat d'un divi- dende, ou l'engagement de tiers directe- ment engagés sans condition de rembour- sement	139
SECTION II. — Du concordat amiable sous la forme d'un contrat d'atermoiement.	145

CHAPITRE DEUXIÈME.

Des concordats amiables intervenus après le jugement déclaratif, et au cours de la faillite.	149
--	-----

DU CONCORDAT

INTRODUCTION

1. — En principe, un débiteur n'est libéré que s'il a acquitté sa dette en capital et intérêts.

Mais si plusieurs créanciers n'ont entre eux aucune cause de préférence, si le passif de leur débiteur excède l'actif de ses biens, chacun d'eux ne peut avoir droit aux biens des débiteurs que dans la proportion de sa créance, et de telle sorte que l'insuffisance des biens, composant le gage commun, devra retomber également sur tous les créanciers.

2. — Ce sont là des principes élémentaires. Voici d'autres axiomes d'une vérité également indiscutable.

Mieux vaut encore être payé en partie d'une créance que de la perdre toute. Si l'état des affaires d'un débiteur est tel qu'il y

ait nécessité absolue pour les créanciers de subir une perte sur le montant de leurs créances, leur but doit être de rendre cette perte la plus faible possible ; et si, pour atteindre ce but, la majorité de ces créanciers arrivait à s'entendre sur les moyens à employer et les conditions à stipuler de celui qui leur doit, il est juste que la minorité ne puisse entraver leur décision par des motifs inexplicables et trop souvent personnels.

De plus, quand un commerçant n'est plus en état de payer ses dettes, il peut y avoir intérêt pour ses créanciers à ne pas exiger de lui un paiement intégral et immédiat. En lui consentant des remises, en lui accordant des délais, en le remettant à la tête de son commerce, ils peuvent espérer toucher un dividende plus fort et rendre leur situation sinon bonne, du moins acceptable. Leur débiteur peut par son travail améliorer sa situation, arriver à la fortune peut-être, et alors, en homme d'honneur, renoncer aux remises par lui obtenues et payer intégralement ses créanciers.

Enfin, l'équité exigeait qu'un commerçant auquel on ne peut adresser aucun reproche d'imprudence ou de faute grave, puisse être mis à même de réparer les malheurs qui l'avaient accablé.

3. — De ces idées fondamentales est née la théorie du concordat, qui, outre les avantages déjà exposés, évite les lenteurs et les embarras d'une liquidation. Pour atteindre ce but, il était nécessaire de faire exception au principe que chacun est maître de ses droits ; il fallait annihiler la volonté d'un créancier dont le mauvais vouloir ou les craintes exagérées auraient empêché

tout accord ; en un mot, la minorité devait se conformer au vœu de la majorité.

Cette exception, la loi commerciale l'a consacrée ; mais, comme nous le verrons, elle a eu soin d'entourer cette violence faite aux droits individuels, de garanties si sérieuses que les intérêts de personne ne peuvent être compromis.

4. — Etudier le concordat en matière de faillite, et principalement le concordat judiciaire, est le but que nous nous proposons dans cette thèse ; et si, avant d'entrer dans notre sujet, on nous demande de définir le concordat, nous répondrons :

Le concordat est un traité par lequel les créanciers remettent le failli à la tête de ses affaires en lui accordant des facilités de paiement et même, le plus souvent, des remises.

Dans trois chapitres, nous exposerons successivement : 1^o les mesures ayant trait à la formation du concordat ; 2^o ses effets ; 3^o les causes qui peuvent amener son annulation ou sa résolution.

Ensuite dans un appendice, nous parlerons, pour compléter l'étude sur le concordat, des contrats amiables, qui interviennent souvent entre le débiteur et la majorité de ses créanciers.

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DU CONCORDAT

SECTION I. — **Convocation des créanciers et du failli**

5. — Le concordat étant *un traité* entre le failli et ses créanciers, il est indispensable pour arriver à ce but de mettre en présence les deux parties contractantes.

A quel moment de la faillite pourra-t-on procéder au vote sur le concordat ; en quelle forme seront convoqués les créanciers et le failli ; comment comparaitront-ils ? Telles sont les formalités que nous allons exposer dans cette section première.

A quel moment pourra-t-on procéder à la formation du concordat ?

6. — Sous la législation antérieure au Code, où le caractère purement contractuel dominait, rien n'empêchait que les traités entre les créanciers et les débiteurs ne fussent passés à toutes les époques de

la procédure de la faillite. Le Code de 1808 n'a pas laissé cette latitude à la volonté des créanciers ; il était utile de prévenir et de déjouer les fraudes, de protéger les intérêts des absents, et surtout d'empêcher l'oppression des minorités. Aussi, quand l'article du projet de loi ainsi conçu : « *Il pourra être consenti un traité entre les créanciers délibérants et le failli* », fut présenté au Tribunal, on fit l'observation suivante : « Comme les concordats jusqu'ici ont été conclus à toutes les époques dans les faillites, il serait bon de marquer expressément que désormais ils ne pourront plus l'être qu'après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites. » Cette observation fut écoutée, et l'on rédigea en ce sens l'ancien article 519, textuellement reproduit par notre article 507.

En décidant ainsi, la loi a sagement agi. Le concordat, ayant pour but de replacer le failli à la tête de ses affaires avec l'espoir pour les créanciers d'améliorer leur situation, il est indispensable de connaître exactement l'état de la faillite, de pouvoir constater le montant du passif et de l'actif. Comment savoir autrement si le failli pourra tenir les engagements stipulés dans le concordat et relever le niveau de ses affaires ? Il est donc clair que la formation du concordat ne saurait, sans de graves inconvénients, précéder l'inventaire et la vérification des créances ; elle doit logiquement les suivre ; sinon, le concordat ne serait qu'un contrat ténébreux où se glisseraient trop facilement la ruse et la fraude.

L'article 507 dispose donc qu'aucun concordat ne peut être consenti qu'après l'accomplissement de toutes les formalités préliminaires de la faillite, destinées à éclairer les intéressés sur la situation du failli, et seulement par les créanciers dont les créances ont été vérifiées et affirmées.

Par suite, s'il existe une contestation sur l'admission d'une créance, le concordat ne pourra être formé avant que le tribunal n'ait décidé de la question. Cependant, il peut ordonner qu'il sera passé outre et que le créancier contesté sera admis dans les délibérations de la faillite pour une somme fixée dans le jugement.

Conformément aux principes que nous venons d'exposer, la jurisprudence a décidé avec raison qu'on ne peut passer au vote sur le concordat tant que l'ouverture de la faillite n'est pas définitivement arrêtée (1). La fixation de cette date est la première et la plus essentielle des formalités préliminaires que vise l'article 507 ; elle seule peut déterminer les droits et les obligations des créanciers. Le syndic sera, du reste, dans l'impossibilité de dresser son rapport tant que l'ouverture de la faillite n'aura pas été définitivement déterminée.

Convocation des créanciers.

7. — Voyons maintenant en quelles formes doivent être faites les convocations des créanciers et quels résultats entraîne l'inexécution des formalités prescrites par la loi.

Dans les trois jours qui suivront les délais prescrits pour l'affirmation des créances (art. 504), les créanciers seront convoqués dans un double but : 1° à l'effet de délibérer sur le concordat ; 2° à défaut de concordat, à l'effet de s'entendre déclarer en état d'union. Le point de départ de ce délai de trois jours se place à l'expiration de la

(1) Cass., 3 juin 1833, (Sir., 33, 1, 132.) — Caen, 20 janvier 1868. (Sir., 69, 2, 11.)

buitaine qui suit l'admission du dernier créancier vérifié. (Art. 497). Mais l'inobservation du délai de l'article 504 n'ayant pas de sanction, les convocations ne sont faites, dans la pratique, que longtemps après les délais fixés pour l'affirmation. Cependant, M. Dalloz enseigne que la convocation des créanciers dans les trois jours est de rigueur (1).

Sur l'ordre du juge-commissaire, les convocations seront faites par lettres du greffier ; elles devront également avoir lieu par insertion dans les journaux. Cette sollicitude de la loi pour avertir les intéressés est fort juste, car le concordat sera obligatoire même pour les créanciers qu'on aurait oublié de convoquer. Un seul des modes de convocations indiqués par la loi ne suffirait donc pas, et malgré le silence des textes, il faut admettre que la sanction de ces formalités sera la nullité du concordat pour le défaut de lettres comme pour le défaut d'insertions.

Dans quels termes doivent être rédigées les insertions et les lettres individuelles adressées aux créanciers, la loi ne le dit pas ; la régularité de ces opérations préliminaires ne saurait donc être contestée, s'il est certain que les intéressés ont été prévenus et mis en demeure d'exercer leurs droits (2). Disons cependant que si la convocation n'atteignait pas ce but, les créanciers pourraient poursuivre la nullité des opérations sur le concordat et, dans cette hypothèse, ils devraient intenter leur action contre le syndic qui, en matière de faillite, est leur contradicteur légitime en même temps que leur représentant.

Quel intervalle doit-il y avoir entre le jour de la convocation et

(1) Dalloz, *Jurisprudence gén.*, V^o *Faillite*, n^o 657.

(2) Paris, 28 août 1865 (*Sir.*, 66, 2, 14).

celui de la réunion ? Sur ce point, la loi est encore muette, et l'article 505 se borne à dire : « Aux lieu, jour et heure *qui seront fixés par le juge-commissaire*; l'assemblée se formera sous sa présidence. » Le juge-commissaire a, selon nous, un pouvoir discrétionnaire pour fixer le jour de l'assemblée ; il devra toutefois n'apporter aucun retard à la marche de la faillite, tout en donnant aux créanciers domiciliés au loin, le temps de se rendre à l'assemblée ou de s'y faire représenter. .

Convocation du failli.

8. — Aux termes de l'article 505, le failli sera appelé à l'assemblée. C'est donc une obligation pour les syndics que de l'inviter à assister à la réunion ; et dans ce cas il ne suffira pas de lui adresser une simple lettre individuelle : il faudra lui faire une sommation par huissier. Ainsi est entendu et appliqué le texte de la loi qui veut que les créanciers soient « *convoqués* » (art. 504), et que le failli soit « *appelé*. » (Art. 505). Les syndics souvent négligent cette précaution quand ils ont la certitude que le failli se présentera. Si cependant il ne se présentait pas à l'assemblée, le juge-commissaire pourrait, à raison du défaut de sommation, renvoyer l'assemblée à un autre jour et faire retomber sur le syndic tous les frais inutilement faits pour la première réunion des créanciers.

Comment le failli et les créanciers peuvent-ils se présenter à l'assemblée ?

9. — La présence du failli est indispensable. En principe, il devra

se présenter *en personne* à l'assemblée, dit l'article 505, s'il a été dispensé de la mise en dépôt ou s'il a obtenu un sauf-conduit, et il ne pourra se faire représenter que pour des motifs valables et approuvés par le juge-commissaire. Par *a contrario*, on devra décider que s'il a été incarcéré et s'il n'a pas obtenu de sauf-conduit, il pourra se faire représenter par un fondé de pouvoirs chargé de transmettre ses propositions à ses créanciers et de défendre ses intérêts. En dehors de ce cas, il ne pourra sous aucun prétexte éviter de paraître à l'assemblée, sans avoir fait connaître ses motifs au juge-commissaire et avoir obtenu son assentiment.

Si le failli ne se présente pas à l'assemblée de ses créanciers, soit en personne, soit par un fondé de pouvoirs, pourra-t-on procéder à la formation du concordat ? Nous ne le croyons pas. Sous l'empire du Code de 1808, la question n'était pas douteuse et la négative résultait clairement des articles 519, 521, 587. D'après l'article 587, le failli non comparant pouvait être poursuivi comme banqueroutier simple, et l'article 521 refusait tout concordat au failli contre lequel existait quelque présomption de banqueroute, même de banqueroute simple.

L'argument tiré des articles 521 et 587 n'existe plus d'une manière aussi claire, aussi indéniable, et M. Lainné en profite pour soutenir l'opinion contraire (1). Cette solution ne nous paraît pas juste. D'abord, nous croyons qu'en vertu de l'article 586, § 5, le failli, par son absence illégitime de la réunion, s'expose encore à être déclaré banqueroutier simple. Ensuite, le motif déterminant de notre opinion,

(1) *Comm. sur les faill. et banq.*, p. 206.

c'est que le concordat est un traité qui intervient dans l'intérêt et du failli et des créanciers. Il produit des effets synallagmatiques ; dès lors, il est impossible de passer avec le failli un traité sans que ni le failli, ni personne pour lui, ne soit là pour en débattre les conditions.

Quant aux créanciers, ils sont libres de se présenter soit en personne, soit par fondés de pouvoirs. (Art 505). Les pouvoirs donnés par les créanciers peuvent être sous-seing privé, aussi bien que par acte authentique ; et, comme l'a reconnu la jurisprudence (1), la loi ne défend pas qu'une seule personne puisse représenter plusieurs créanciers. Le mandataire a alors autant de voix qu'il a de mandants. Des inconvénients peuvent résulter parfois de cette accumulation de plusieurs mandats dans la même main, car il arrive souvent que les créanciers n'ont d'autre avis que celui de leur mandataire, trop facile à entraîner dans une opinion favorable ou contraire aux intérêts du failli. Aussi avait-on fait, lors de la préparation du projet de loi, diverses propositions pour remédier à la possibilité de cet abus ; mais on comprit que par des restrictions à cet égard on portait atteinte aux principes de la liberté du mandat et que des embarras et des préjudices sérieux pouvaient en résulter pour les créanciers absents.

10. — Il y a donc une double différence entre les créanciers et le failli : différence, quant à la forme à suivre pour les convoquer à la réunion ; différence, quant à la manière dont ils peuvent se présenter.

(1) Montpellier, 10 juin 1858 (Sir. 59, 2, 247).

Nous en sommes arrivés, dans la formation du concordat, au moment où les deux parties vont se trouver en présence. Demandons-nous maintenant quels seront les autres personnes présentes à l'assemblée, quelle sera la marche à suivre pour arriver au vote sur le concordat, et quels sont les éléments nécessaires pour son obtention?

SECTION II. — Tenue de l'assemblée.

11. — L'assemblée se réunira sous la présidence du juge-commissaire assisté par le greffier. Les syndics y assisteront également et auront pour mission d'éclairer la délibération.

Formalités préliminaires du vote.

12. — Avant tout, on procèdera à la vérification de la qualité des créanciers et des pouvoirs de leurs représentants. On a supprimé, comme surabondante, la partie de l'ancien article 517 qui imposait cette formalité. Cette vérification, comme le disait Renouard dans son rapport, est de droit et n'a besoin d'aucune autorisation spécialement donnée par la loi.

13. — Les créanciers ayant intérêt à connaître d'une manière exacte la situation de leur débiteur, la loi de 1838 a imposé au syndic l'obligation de faire par écrit un rapport détaillé sur l'état de la faillite. (Art. 506). Dans ce rapport, il devra faire connaître : quel

est le montant de l'actif et du passif ; quelles sont les formalités jusqu'ici remplies ; le résultat des procès engagés par lui dans l'intérêt de la masse. Il appréciera le montant du dividende probable à revenir aux créanciers dans le cas où la faillite se terminerait par l'union ; enfin, il donnera son opinion sur les motifs qui ont amené la cessation des paiements et sur l'excusabilité du failli.

L'importance de ce rapport est, on le voit, très considérable, car il servira certainement à guider les créanciers dans l'avis qu'ils doivent émettre ; aussi, la loi actuelle exige avec raison, contrairement au Code de 1808, qu'il ne soit pas fait oralement. Ce rapport doit laisser des traces, tant pour éclairer la gestion ultérieure que pour constater la véritable situation de la faillite. La nécessité de le rédiger par écrit oblige à mieux préciser les faits, et la délibération des créanciers ne peut qu'y gagner.

Il n'est pas douteux que le failli puisse présenter ses observations sur les conclusions du rapport. Il peut le contredire, le rectifier ou le compléter, car il a un intérêt manifeste à ce que sa conduite et sa position ne soient pas présentées sous un jour défavorable. Les créanciers pourront aussi, avec l'autorisation du juge-commissaire, intervenir dans ce débat ; mais il faut remarquer que le failli *a le droit* d'être entendu (art. 508), tandis que les créanciers *doivent* demander l'autorisation du juge-commissaire avant de faire leurs observations.

Les syndics remettent ensuite le rapport signé d'eux au juge-commissaire, qui le joint à son procès-verbal et le remet au greffe où les intéressés peuvent venir en prendre connaissance.

14. — Après ces discussions préliminaires, le failli est invité par

le juge-commissaire à donner lecture du projet de concordat. Si le failli éprouve quelque embarras à présenter lui-même ses propositions et à discuter avec ceux qui, par son fait, subissent des pertes souvent importantes, il pourra se faire assister d'un conseil et lui confier le soin de débattre les conditions du concordat avec ses créanciers. Ainsi, le failli qui ne peut sans motifs exceptionnels se faire représenter à l'assemblée, peut toujours, au contraire, avoir recours à un conseil pour demander l'obtention d'un concordat.

Les créanciers et le failli discutent ensuite le projet de concordat. Les demandes des créanciers ont le plus souvent pour but de faire augmenter le montant du dividende et d'obtenir des garanties pour son paiement. Presque toujours, ils pressent le failli d'obtenir de sa femme la renonciation à ses reprises, dans le cas où cette renonciation est possible. En un mot, le failli ou son conseil fera tous ses efforts pour obtenir un concordat ; les créanciers chercheront à obtenir les conditions les plus avantageuses et les plus sûres. Cette délibération pourra durer plusieurs séances.

La discussion close, il ne reste plus qu'à procéder au vote sur le concordat.

Vote du concordat.

15. — Qui pourra y prendre part ? Les créanciers qui ont fait vérifier et ont affirmé leurs créances, ou qui ont été admis par provision. Cela résulte clairement des articles 504 et 505, et il n'y aurait pas lieu de recevoir à l'assemblée les créanciers non vérifiés qui argumenteraient pour y être admis, de ce que personne ne conteste leurs créances.

Si des créanciers se présentent à la réunion et demandent que leurs créances soient vérifiées immédiatement et ensuite affirmées par eux, devra-t-on les écouter ? pourra-t-on les admettre au vote sur le concordat ? En principe non, car l'assemblée convoquée pour délibérer sur le concordat, n'a point à s'occuper de vérification de créances. Cependant il a été jugé, avec raison, selon nous, que si les créanciers n'ont point protesté contre cette irrégularité et ont, au contraire, consenti à la vérification et à l'affirmation de ces créances, le droit de voter sur le concordat sera acquis aux créanciers vérifiés et affirmés à la séance même (1).

Les créanciers dont les créances sont contestées ne pourront pas prendre part à la délibération, à moins que par jugement ils n'aient été admis provisoirement pour une certaine somme. On n'attendra pas non plus les créanciers domiciliés hors de France ; l'article 502 dit d'une manière formelle qu'à l'expiration des délais accordés aux personnes domiciliées en France, il sera passé outre à la formation du concordat.

16. — Aux termes de l'article 508, les créanciers hypothécaires, inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis de gage ne peuvent prendre part au vote sur le concordat ; s'ils votent, ils sont censés avoir renoncé à leurs hypothèques, gages ou privilèges. Cette disposition de la loi se justifie très bien : dans une faillite, les créanciers qui ont une garantie spéciale telle qu'un gage, un privilège, une hypothèque, n'ont pas les mêmes intérêts

(1) Cass , 13 février 1855. (Sir. 55, 1, 357).

que les autres créanciers. Le plus souvent, ils sont sûrs d'être intégralement payés ; peu leur importent les remises que consentiront les créanciers chirographaires ; la situation malheureuse de ces derniers ne les touche nullement. En prenant part au vote, ils pourraient imposer aux créanciers chirographaires des remises qu'ils ne subiraient pas eux-mêmes ; ne pas les écarter du vote sur le concordat, ce serait consacrer une flagrante iniquité.

Tout créancier privilégié devra donc opter. S'il veut conserver son droit de préférence, il ne doit pas voter, car sa condition particulière ne le met pas en communauté d'intérêts avec les autres créanciers délibérants ; si, au contraire, il considère comme plus avantageux d'abandonner ce droit de préférence, qui ne lui offre peut-être que des garanties insuffisantes ou même illusoires, il pourra acquérir la qualité de créancier simplement chirographaire, en émettant son opinion sur l'adoption ou le rejet du concordat. Dès lors, son hypothèque, gage ou privilège, est à jamais éteint vis-à-vis des chirographaires et des tiers qui auraient contracté avec le failli, postérieurement au concordat.

Par une raison analogue, on serait tenté d'appliquer la même déchéance aux créanciers ayant une caution solvable et qui ont participé au concordat. Cependant, la loi n'en ayant pas parlé, on ne peut étendre jusqu'à eux cette disposition rigoureuse ; d'ailleurs, la sûreté résultant d'une caution risque plus d'échapper que celle résultant d'une hypothèque.

17. — Quand nous avons dit, plus haut, que les créanciers spécifiés dans l'article 508 « ne pouvaient pas » prendre part au vote sur le concordat, nous avons commis une inexactitude qu'il nous faut

relever. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne sont pas sur la même ligne que les créanciers non vérifiés ni affirmés : ces derniers sont incapables de prendre part au vote ; les autres, au contraire, sont libres d'y participer, en encourant la déchéance de l'article 508. Il a même été décidé qu'ils devaient être convoqués (1). L'article 501 ordonne, du reste, qu'ils seront appelés à toutes les délibérations de la faillite, alors même que leur privilège ou leur hypothèque est contesté. On conçoit que la présence de tous les créanciers, quelle que soit leur qualité, est d'une grande utilité pour la masse : un créancier privilégié ou hypothécaire peut, aussi bien que tout autre, fournir des renseignements précieux, éclairer la discussion par la production de documents qui sont entre ses mains. De plus, s'il plaît à un créancier de renoncer à son privilège ou à son hypothèque en prenant part au vote, il lui importe d'être fixé, comme tout autre, sur les circonstances de la faillite. Enfin, comme le fait remarquer avec raison M. Bédarride (2), si le concordat est rejeté, l'union a lieu de plein droit ; et alors les créanciers hypothécaires ou privilégiés ont intérêt à être présents pour prendre part au vote des mesures à arrêter en commun. (Art. 529).

18. — La déchéance prononcée par l'article 508, doit être saine-ment entendue ; car, si une même personne est tout à la fois créancier hypothécaire ou privilégié et créancier chirographaire, elle

(1) Cass , 24 août 1836. (Sir., 36, 1, 737).

(2) *Faillites et Banqueroutes*, N° 488

pourra, en séparant ces deux qualités, voter comme chirographaire seulement et réserver ses droits de privilège ou d'hypothèque.

Aussi l'article 508 dit clairement : « N'auront point voix *pour les dites créances*. » Ces derniers mots furent ajoutés dans le but d'élucider cette question, par une des commissions chargées d'élaborer le projet de loi. Toutefois le créancier fera bien, en votant, de réserver d'une manière expresse son droit de privilège ou d'hypothèque pour éviter toute contestation.

19. — Le vote au concordat entraîne de plein droit la renonciation à l'hypothèque. Cependant, bien que l'article 508 n'établisse aucune distinction entre les diverses sortes de privilèges et d'hypothèques, la déchéance de l'article 508 ne pourra avoir lieu dans tous les cas. On admet, en effet, avec raison, que la renonciation virtuelle résultant de l'immixtion du créancier au vote du concordat ne peut se produire si la renonciation expresse est impossible. Il en sera ainsi toutes les fois qu'on se trouvera en présence d'une hypothèque légale ou autre, appartenant à des incapables ; on ne pourra y renoncer sans employer les formalités auxquelles le droit commun subordonne, dans ces hypothèses, l'aliénation d'un semblable droit.

La Cour de cassation, par application de ce principe, a décidé que le tuteur d'un mineur, titulaire d'une créance garantie par une hypothèque, ne peut, en cas de faillite, prendre part au vote sur le concordat et renoncer par ce fait à l'hypothèque de son pupille, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation du conseil de famille (1). De même, si l'on admet, avec la jurisprudence, que la femme

(1) Cass., 18 juillet 1843. (Sir., 43, 1, 778). — Paris, 17 juillet 1866. (Sir., 67, 2, 23).

mariée sous le régime dotal ne peut aucunement renoncer à l'hypothèque qui garantit la restitution de sa dot, il faut décider que la femme en votant au concordat de son débiteur failli, qui est son mari, ne pourra altérer son droit.

Mais, comme la jurisprudence n'admet l'inaliénabilité de la dot mobilière qu'à l'égard de la femme et permet au contraire au mari de disposer des meubles corporels dotaux, si la femme dotale est créancière dans une faillite, la circonstance que son mari a voté au concordat de son débiteur lui fera perdre l'hypothèque garantissant sa créance (1).

En dehors de ces cas exceptionnels, l'article 508 devra être suivi. Toutefois, son application a fait naître de nombreuses questions sur lesquelles les auteurs et la jurisprudence elle-même émettent des opinions différentes. Nous allons exposer les principales :

20. — *La renonciation tacite résultant du vote produit-elle ses effets dans le passé ?* En d'autres termes, le renonçant abdique-t-il sa garantie pour l'avenir seulement, ou l'abdique-t-il aussi pour le passé, de telle sorte qu'il doive remettre à la masse ou imputer (ce qui revient au même), sur les dividendes par lui touchés ou à toucher, les sommes qu'il a reçues depuis l'ouverture de la faillite en qualité de créancier privilégié, hypothécaire ou nanti ? La question s'est posée devant la Cour de cassation à propos d'un créancier nanti d'actions industrielles et qui, par son vote au concordat, avait renoncé à son gage. Depuis l'ouverture de faillite et avant sa

(1) Cass., 26 août 1851. (Sir., 51, 1, 805).

renonciation tacite, il avait touché les intérêts de ces actions ; devait-il les rapporter à la masse ou les imputer sur les dividendes à lui revenant (1). La négative ne nous paraît pas douteuse. Est-il juste de croire qu'un créancier privilégié ou hypothécaire, en renonçant à ses garanties et en acceptant le sort commun des autres créanciers, entende reverser à la masse les sommes qu'il a reçues à bon droit jusqu'à ce jour ? En les recevant, il ignorait s'il y aurait lieu de voter sur le concordat ! Mais pour être logique, dans l'opinion contraire, il faudrait lui faire rendre le montant de toutes les sommes par lui touchées depuis que son privilège ou son hypothèque existe ; or, cette conséquence est inacceptable. On objecte que les articles 552 et 565 du Code de commerce posent le principe de la répartition égale de l'actif entre tous les créanciers chirographaires ; ne pas admettre la rétroactivité de la déchéance de l'article 508, ce serait violer ce principe d'égalité ! Cette objection n'en est pas une ; c'est une pétition de principe, et elle ne fait que reposer la question : il s'agit, en effet, de fixer ici l'actif à répartir entre tous les créanciers et de décider s'il faut, ou non, comprendre dans cet actif les sommes touchées, avant sa renonciation, par un créancier qui a plus tard abdiqué son droit de préférence. Enfin disons en terminant que dans le silence de la loi on ne saurait créer une semblable rétroactivité.

21. — *Si la décision prise par l'assemblée ne produit aucun effet, soit que le tribunal l'annule pour vices de formes, ou*

(1) Cass., 7 juillet 1872. (Sir., 72, 1, 83.)

refuse l'homologation du traité, ou en prononce l'annulation ou la résolution, le créancier hypothécaire qui aura pris part au vote sera-t-il relevé de la déchéance de l'article 508 ?

Voici sur cette question le système que nous croyons préférable : le créancier hypothécaire, en prenant part au vote et en renonçant par ce fait à toute garantie, a eu pour mobile son intérêt qui, selon lui, réclamait l'adoption ou le rejet du concordat. Mais cette renonciation est soumise à la condition résolutoire de la validité, de l'existence de la décision prise par l'assemblée des créanciers. Ainsi, le tribunal refuse-t-il l'homologation du concordat, en prononce-t-il la résolution ou l'annulation, le créancier sera relevé de sa déchéance, car sa renonciation avait pour cause légale les avantages qu'il attendait des mesures prises par l'assemblée (1). Les adversaires de l'opinion que nous soutenons s'appuient sur le texte de la loi ; elle ne fait point de distinction, s'écrient-ils ! La loi n'a pas prévu tous les cas, cela est vrai ; mais elle a posé un principe dont nous croyons faire sainement l'application en nous inspirant des motifs qui ont dicté l'article 508.

21 (bis). — *Un créancier hypothécaire ou privilégié sera-t-il dans la nécessité absolue ou de s'abstenir de toute participation*

(1) Bourges, 15 mars 1865. (Sir., 66, 2, 149). — Dalloz, V^o Faillite, N^o 701. — Laroque-Sayssinel, t. 1, p. 760. = *Contra* : Bordeaux, 19 août 1858. (Sir. 59, 2, 150). Demangeat, sur Bravard, t. 5, p. 374.

au concordat ou de renoncer complètement à son droit de préférence ?

L'affirmative est enseignée par un grand nombre d'auteurs ; et ils s'appuient sur l'article 508, qui leur paraît formel (1).

Nous croyons cependant devoir soutenir la thèse contraire, et notre avis est que le créancier hypothécaire peut renoncer pour partie à son hypothèque et, devenant chirographaire pour cette partie de sa créance, qu'il lui est permis de prendre part au vote sur le concordat. Admettre le contraire, ce serait consacrer une injustice flagrante, injustice que les partisans de la négative s'accordent à reconnaître. Car un créancier muni d'une hypothèque ou d'un privilège pour la totalité de sa créance, peut fort bien n'être colloqué utilement que pour une partie, parfois très faible, du montant de cette créance. Dès lors n'a-t-il pas intérêt à participer à la délibération sur le concordat ; les créanciers chirographaires ne vont-ils pas par leur décision lui imposer des conditions applicables à la partie de sa créance insuffisamment garantie par l'hypothèque ? L'article 508 protège les créanciers simplement chirographaires contre les hypothécaires qui, sûrs d'être payés en totalité, se montreraient souvent trop généreux à l'égard du failli. Dans l'hypothèse que nous prévoyons, ce motif existe-t-il ? Non certes ; et il y a nécessité absolue, croyons-nous, d'empêcher les chirographaires de

(1) Pardessus, N° 1236 ; Renouard, tome 2, pages 22 et 23 ; Dalloz, V° Faillite, N° 695. — *Contra* : Bravard et Demangeat, tome 5, page 375 ; Alauzet, tome 6, N° 2660 ; Laroque-Sayssinel, N° 1, page 755.

consentir seuls des remises que les créanciers munis d'une garantie illusoire supporteraient forcément.

Mais, hâtons-nous de le dire, nous n'admettons pas la faculté pour le créancier de renoncer en partie à son privilège comme une règle générale. Ce dernier pourrait trop facilement abandonner sa garantie pour une portion minime et figurer néanmoins pour une voix dans la majorité en nombre de l'article 507. Le créancier hypothécaire, un des derniers en rang, qui a la certitude de l'insuffisance de son hypothèque, pourra seul être admis à cette renonciation partielle. A lui incombera la charge de démontrer la vérité des motifs qui légitiment sa renonciation partielle, c'est-à-dire d'établir l'existence et la mesure de son intérêt. Par cette restriction, les créanciers hypothécaires ne pourront pas user arbitrairement de cette faculté ; leur droit sera soumis au contrôle des syndics et, en cas de contestation, au jugement des tribunaux. Ceux-ci, en cas d'insuffisance probable du prix de l'immeuble, pourront n'accorder le droit de voter, que si la portion de la créance à laquelle le créancier hypothécaire veut renoncer est assez importante pour lui créer un intérêt sérieux dans le vote. Son intérêt garantit les autres créanciers qu'il ne renoncera pas à la légère à son droit d'hypothèque pour prendre part à une délibération dont le résultat lui importe peu.

Les adversaires de notre doctrine s'appuient sur les travaux préparatoires et sur la discussion de l'ancien article 520. Le Tribunal avait proposé de permettre ce droit de renonciation partielle ; le législateur de 1808 repoussa cette idée et l'ancien article 520 disait simplement : « Les créanciers hypothécaires inscrits et ceux nantis
« d'un gage n'auront point de voix dans les délibérations relatives

« au concordat. » Lors de la loi de 1838, on reconnut que ne pas accorder au créancier hypothécaire le droit de voter au concordat, s'il voulait renoncer à sa garantie, était consacrer une injustice ; on corrigea l'ancienne loi et l'article 508 actuel fut voté. Cet article, disent les partisans de la négative, n'a dérogé à l'ancien article 520 que dans le cas de renonciation totale au privilège ou à l'hypothèque ; vous ne pouvez donc la permettre quand elle n'est que partielle.

Une semblable interprétation de la loi ne nous paraît pas juste. Si l'on veut suivre l'ordre des idées qui ont conduit le législateur de 1838 à corriger l'injustice de la loi de 1807, et si l'on reconnaît qu'il a été poussé par la nécessité de sauvegarder les intérêts d'un créancier, hypothécaire en droit, mais chirographaire en fait par suite de l'insuffisance de sa garantie, on ne saurait rejeter notre manière de voir. L'article 508 redresse une injustice en permettant au créancier de venir défendre ses intérêts quand son hypothèque lui est totalement inutile ; pourquoi lui refuser ce droit et laisser subsister l'injustice quand sa garantie n'est que partiellement insuffisante ?

22. — *La déchéance de l'article 508 sera-t-elle applicable au cas où un créancier du failli aurait hypothèque ou privilège sur un bien appartenant à un tiers ?* Nous le croyons. Le texte de la loi ne fait aucune distinction, et le motif d'où est né l'article 508, existe encore ici. Empêcher les divers ordres de créanciers de se nuire, tel a été le but de la loi, nous ne cesserons de le répéter. Si à cette raison nous ajoutons que la décision de la majorité liera la minorité (effet du concordat que nous étudierons plus loin), nous serons encore plus sûrs d'être les vrais interprètes de la loi en appli-

quant, dans notre hypothèse, le principe de l'article 508 qui assure une puissance égale au vote de chaque intéressé (1).

La Cour de cassation s'est cependant prononcée contre notre solution. Sa décision est faiblement motivée ; elle s'appuie sur ce que l'article 508 ne vise que le cas où l'hypothèque grève les biens du failli. Nous préférons interpréter largement l'idée du législateur que de nous trainer sur la lettre même du texte. Nous repoussons également l'argument tiré de l'article 545, qui ne vise, selon nous, que les chirographaires et ne saurait détruire le grand principe de l'article 508, dont le but est de donner une influence égale à la voix de chaque créancier (2).

Composition de la majorité pour l'obtention du concordat.

23. — Le concordat ne peut s'établir que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité et représentant, en outre, les trois quarts en sommes des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision. (Art. 507).

Telle est la majorité réclamée par la loi. Cette double exigence peut étonner tout d'abord ; mais si l'on pèse les motifs qui ont déterminé le législateur à écrire l'article 507, on sera obligé de

(1) Bravard et Demangeat, tome 5, page 378, note ; Alauzet, N° 2662. — Poitiers, 29 août 1859 (Sir., 53, 1,403).

(2) Cass., 20 juin 1854. (Sir., 54, 1, 593). — Boistel, page 763 ; Laroque-Sayssinel, tome 1, N° 759.

reconnaître qu'il a sagement agi dans la circonstance, et que sa sévérité a eu pour but de sauvegarder les intérêts de chaque créancier.

Si l'on part de ce principe que le concordat est obligatoire pour tous, il semble que le consentement de tous les créanciers doive être nécessaire pour qu'il y ait concordat. Mais exiger l'unanimité pour ce traité, ce serait le rendre impossible : il y aura toujours des créanciers non présents ou dissidents. D'ailleurs, si, par un heureux hasard, on parvenait à les réunir tous et à leur faire accepter à l'unanimité les propositions de leur débiteur, on serait dans les termes du droit commun : il y aurait un contrat ordinaire, et l'intervention de la loi pour le rendre opposable aux créanciers dissidents serait désormais inutile.

Penser réunir l'unanime consentement des créanciers était une illusion. Il fallait se contenter d'une majorité exceptionnelle et suppléer au défaut de consentement de quelques intéressés en faisant confirmer par la justice et rendre exécutoire pour tous la décision des créanciers présents.

Pour arriver à ce but, pour fixer les bases de cette majorité, le législateur devait considérer ou *l'intérêt*, c'est-à-dire la quotité de chaque créance, ou le *nombre* des créanciers. De ces deux données, l'intérêt était celle qui méritait surtout l'attention. Aussi est-ce à l'intérêt que s'était attachée l'ordonnance de 1673 : elle exigeait que le concordat fût voté par un nombre de créanciers représentant les trois quarts en sommes, de sorte que sous l'empire de cette ordonnance, le concordat pouvait être obtenu par l'assentiment d'un seul créancier aux propositions du failli.

Ce système n'avait rien que de très logique, et le Conseil d'Etat

l'avait adopté en 1807 (séance du 23 avril). Le Tribunal présenta alors les observations suivantes :

« Il ne faut à un banqueroutier frauduleux que quelques dettes
« simulées, dont les titres sont entre les mains de ses confidents,
« pour former une majorité en sommes capable de réduire au
« silence les porteurs de titres sincères. Il faut de plus reconnaître
« que les gros créanciers, alors qu'il n'y a aucune fraude, accorde-
« ront plus facilement un concordat à leur débiteur que les petits
« créanciers. En remettant le failli à la tête de ses affaires, les
« créanciers de sommes importantes ont sans nul doute l'espoir de
« faire des opérations commerciales avec lui et de couvrir par les
« bénéfices résultant de ces opérations les pertes qu'ils subissent en
« consentant un concordat.

« Il n'en est pas de même du petit capitaliste ; il se voit enlever par
« la faillite ses économies, et, à la différence des créanciers impor-
« tants qui lui imposent les sacrifices d'un concordat, il n'a pas les
« mêmes ressources pour recouvrer sa perte.

« Il faut donc protéger la classe des petits créanciers, classe
« souvent nombreuse et qui, à tous les titres, mérite la faveur de la
« loi. Un des moyens les plus équitables pour cela serait que les
« voix dans le concordat fussent non-seulement pesées, mais
« comptées de manière que, pour faire la loi aux refusants, il fallût,
« avec la plus haute quotité de créances, réunir aussi la majorité
« des voix. »

En présence d'observations aussi justes, les rédacteurs du Code de commerce, tout en admettant le système de l'ordonnance de 1673 quant à la nécessité de la majorité des trois quarts en sommes, ne s'en sont pas contentés : ils ont voulu, pour sauvegarder les intérêts

des petits créanciers, qu'elle soit complétée par la majorité en nombre. Ainsi le passif d'une faillite est-il de 100,000 francs, et le nombre des créanciers de 20, il faudra que le concordat soit consenti par 11 d'entre eux représentant 75,000 francs du passif vérifié et affirmé.

L'article 507 (ancien article 519) se trouve donc pleinement justifié par ce que nous venons de dire. Son application, quant à la composition de la majorité en sommes, n'a donné lieu à aucune difficulté ; mais il n'en a pas été de même en ce qui concerne la manière de supputer la majorité en nombre et les éléments dont elle doit se composer. Plusieurs questions d'une certaine gravité se sont présentées sur ce point et ont divisé la doctrine et la jurisprudence. Nous allons successivement les faire connaître et les discuter.

24. — *Si un créancier est cessionnaire de plusieurs créances, aura-t-il autant de voix que de créances distinctes ?*

Tout le monde est d'accord pour adopter la négative dans le cas où la réunion de plusieurs créances dans la même main est antérieure à la faillite. Le motif en est que la loi, en établissant deux bases de majorité, a eu en vue pour l'une de ces majorités la personne des créanciers, pour l'autre la quotité des créances. Elle ne s'est pas occupée de l'origine des titres pour supputer le nombre des votants au concordat.

Mais les avis se partagent dans l'hypothèse où la réunion de plusieurs titres dans la même main est postérieure au jugement déclaratif de faillite.

Un arrêt de la cour de Bordeaux du 26 avril 1836 (1) avait admis que, dans ce cas, le cessionnaire aurait autant de voix qu'il avait réuni de titres. Selon elle, la majorité et le nombre des créanciers devaient être considérés au moment de l'ouverture de la faillite ; si un créancier devient, postérieurement à cette ouverture, cessionnaire d'autres créances, celui-ci reçoit avec elles le droit de voter, et il peut l'exercer comme étant subrogé aux lieu et place de leurs précédents propriétaires, en vertu du transport qui lui a été consenti.

La Cour de cassation cassa cet arrêt, le 24 mars 1840, et, selon nous, elle eut raison : car, s'il est de principe que la cession d'une créance comprend tous les accessoires de la créance cédée, et donne par suite au cessionnaire le droit d'assister à l'assemblée des créanciers, d'y voter pour la formation du concordat, il ne s'ensuit pas que pour la formation de la majorité numérique, le cessionnaire puisse avoir un nombre de voix égal aux cessions à lui faites. En effet, le droit de voter dans une assemblée étant un droit individuel, la même personne ne peut l'exercer qu'une seule fois. Admettre le contraire, c'est vouloir que chaque créancier ait autant de voix qu'il a de titres distincts, même de son chef, ce qui n'est pas admissible (2).

La plupart des auteurs admettent bien notre solution. Renouard, tout en l'approuvant, donne cependant au cessionnaire autant de voix qu'il a de créances, quand la cession a été faite après la vérification et l'affirmation. « A partir de la vérification, dit-il, les « qualités de chaque créancier acquièrent à l'égard de tous les autres

(1) Bordeaux, 26 avril 1836. (D., 38, 2, 147).

(2) Cass., 24 mars 1840. (D., 40, 1, 138).

« une véritable certitude. Ceux donc qui se sont fait vérifier comme
« propriétaires de créances n'ont pour leurs diverses créances
« qu'une seule voix, bien qu'ils aient acquis les droits d'autres
« créances postérieurement à l'ouverture de la faillite ; mais de
« puissants motifs existent pour donner à chaque créancier vérifié
« une voix et pour lui permettre de céder son droit à cette voix avec
« sa créance, quand même une cession ultérieure réunirait plusieurs
« créances dans la même main. Il faut que le calcul des voix ait une
« base certaine et parte d'un point fixe. L'assemblée, convoquée
« pour délibérer sur le concordat, n'a d'ailleurs aucune qualité,
« aucune autorité, pour critiquer des titres de créances et pour
« vérifier si celui qui se présente est propriétaire ou mandataire ; si
« l'on refusait voix aux cessionnaires, on n'arriverait dans la
« pratique, à aucun résultat utile, car ils ne manqueraient pas alors
« de se présenter comme mandataires. Les cessions de créances faites
« postérieurement à la vérification sont plus favorables que celles
« qui ont eu lieu antérieurement, lorsque les titres étaient moins
« certains et les ressources de la faillite mal connues (1). »

Cette distinction ne doit pas être admise. Que la cession ait eu lieu avant ou après la faillite, avant ou après la vérification des créances, le cessionnaire n'aura jamais qu'une voix. Renouard, en faisant cette distinction, part de ces idées : que la créance vérifiée et affirmée serait désormais inattaquable ; que la créance vérifiée et affirmée devra nécessairement, et quoi qu'il arrive, assurer une voix à quiconque s'en trouvera investi lors du vote sur le concordat. Ces

(1) Renouard, *Faillites et Banqueroutes*, page 19.

effets de la vérification des créances ne sont pas exacts. Renouard reconnaît lui-même qu'une créance peut très bien être attaquée en cas de dol ou de fraude, même après la vérification et l'affirmation ; il n'est donc pas absolument vrai de dire qu'une créance vérifiée et affirmée échappe à toute contestation. De plus, où sont donc les puissants motifs qui rendent indispensable, avant l'assemblée, la connaissance du nombre de voix à obtenir pour le concordat ? Nous ne les voyons pas.

Enfin, dit le même auteur, si vous ne voulez pas accorder deux voix au cessionnaire de deux créances, il se présentera pour l'une comme créancier, pour l'autre comme mandataire, et de cette façon il obtiendra indirectement ce que vous lui refusez directement. Cette objection ne prouve rien en droit, surtout dans le système de Renouard, car elle peut être faite aussi dans l'hypothèse où la cession a eu lieu avant la vérification ; et, cependant, cet auteur repousse, dans ce cas, la prétention du cessionnaire de voter autant de fois qu'il représente de cédants.

Enfin à quels résultats conduirait l'opinion de cet auteur ? Un seul créancier pourrait devenir maître absolu des deux majorités ; il placerait les petits créanciers à sa merci en les obligeant à subir des conditions onéreuses, ou les priverait des avantages d'un concordat qu'ils ont intérêt à faire avec leur débiteur ! On arriverait ainsi à violer complètement la pensée de la loi.

25. — *Si inversement une créance, primitivement unique, a été cédée à plusieurs personnes, auront-elles chacune une voix ?*

L'affirmative n'est pas douteuse, si la cession a eu lieu avant le jugement déclaratif de faillite, car chaque cessionnaire a été inscrit

au passif de la faillite comme créancier personnel de la somme qui lui a été cédée. Mais que décider dans le cas où les cessions ont été faites après l'ouverture de la faillite ? Nous pensons que les différents cessionnaires d'une même créance n'auront qu'une seule voix. Il faut appliquer ici le principe d'après lequel le nombre des créanciers ne peut croître après la faillite. Au jour de l'ouverture, la créance appartenait à un seul créancier, qui ne disposait que d'une voix. Cet ordre de choses n'a pu varier par la volonté de ce créancier. Que d'abus naîtraient de l'opinion contraire ? Quelques créanciers, amis du failli, n'auraient qu'à céder leurs créances à de nombreuses personnes pour se rendre maîtres de la majorité en nombre !

Plusieurs auteurs, en repoussant notre manière de voir, reconnaissent que la simulation peut facilement se présumer et que les tribunaux devront se montrer faciles dans l'admission des preuves invoquées pour écarter les cessionnaires comme n'étant que les prête-noms du cédant. Ce correctif montre le danger de leur théorie. Nous maintenons donc notre système, nous rappelant qu'il vaut mieux prévenir la fraude que de se voir obligé de la combattre.

26. — La question la plus importante et la plus vivement débattue, sur laquelle la jurisprudence elle-même a varié à plusieurs reprises, est certainement la suivante : *La majorité en nombre doit-elle se compter seulement sur les créanciers présents à l'assemblée ou sur tous les créanciers vérifiés et affirmés ?*

Pour soutenir que la majorité en nombre ne doit se calculer que sur les créanciers présents seulement, on invoque des raisons dont on ne doit pas se dissimuler l'importance. Dans toute assemblée,

disent les partisans de cette doctrine, n'est-ce pas seulement sur les créanciers présents que se calcule la majorité ?

Pourquoi faire autrement, dans l'espèce qui nous occupe ?

Adopter l'opinion contraire, c'est rendre le concordat impossible dans un grand nombre de cas, où il serait, au contraire, voté en ne tenant compte que des créanciers présents. La législation de 1838 est très favorable aux concordats ; vous violez l'esprit de la loi en diminuant considérablement par votre exigence, le nombre des traités que les créanciers pourront signer avec leur débiteur malheureux.

Le Code de 1807, dans l'article 522, calculait la majorité en nombre sur les créanciers présents seuls ; prouvez que l'on a voulu déroger à ce principe. Si la loi nouvelle avait voulu apporter un changement si profond, si radical dans la supputation de cette majorité, elle l'aurait dit. Or, dans les discussions qui ont précédé son vote, nous ne trouvons aucune idée ayant trait à une réforme aussi importante. Tout au contraire, il résulte de l'article 507 et de l'ensemble des dispositions précédentes, que la majorité doit être celle des créanciers *délibérants*, présents à l'assemblée. (Art. 507, al. 1^{er}). Admettre que les créanciers absents puissent être comptés avec les créanciers présents à l'assemblée et y votant, pour former la majorité en nombre, ce serait donner à l'absence d'un créancier la force légale d'un vote négatif.

Enfin on ne peut dire que les intérêts des créanciers absents ne seront pas sauvegardés ; ils ont pour garantie l'homologation du tribunal ; et l'article 512 leur permet en outre de former opposition au concordat (1).

(1) Seine, 5 mai 1847. (Sir., 49, 2, 344). — Bordeaux, 21 mars 1865. (Sir., 65, 2, 252). — Laroque-Sayssinel, tome 1, N° 744 ; Alauzet, tome 6, N° 2649.

Ces arguments ne manquent pas de force, mais ils ne sont pas décisifs. Comme le dit Bravard-Veyrières, il est impossible de séparer la créance du créancier, il y a quelque chose d'indivisible entre être créancier et l'être de telle ou telle somme. L'article 507, en réunissant dans une même phrase les conditions de la double majorité, a suffisamment indiqué qu'il devait être tenu compte, pour la formation du concordat, non-seulement des créances admises, mais aussi de la totalité des votes possibles. En interprétant autrement l'article 507, en ne tenant compte que des créanciers présents, on arrive à cette contradiction choquante de compter les absents pour la majorité en sommes et de ne les considérer en rien pour la formation de la majorité en nombre !

Vous diminuez le nombre des concordats, vous violez l'esprit de la loi ! s'écrient nos adversaires. Non pas. Mais, comme le concordat, autorisé par la loi dans l'intérêt général des créanciers et dans un but de protection pour le débiteur malheureux, n'en est pas moins une disposition exceptionnelle, portant atteinte au libre exercice des droits de chacun, un tel traité imposé au créancier qui s'y refuse par un vote négatif ou par son absence, doit être justifié par le nombre et l'importance des volontés exprimées. En un mot, le concordat est une remise partielle de la dette ; or, le créancier qui se tait ne consent aucune remise sur sa créance.

Ajoutons que le législateur s'est formellement prononcé quand il a voulu exclure un créancier. N'a-t-il pas fait ainsi pour le créancier hypothécaire ou privilégié ou nanti d'un gage ; et dans ces exclusions a-t-il établi une distinction entre la personne et la créance ? Non, certes : quand il n'admet pas l'une, il n'admet pas l'autre.

Enfin des arguments de texte peuvent être invoqués en faveur de

notre système. Dans l'article 509, qui reproduit les dispositions de l'ancien article 522, on ne retrouve pas le mot « *présents* » contenu dans ce dernier texte. Cet argument est des plus concluants, et cependant nos adversaires tentent de le réfuter. Ils disent que le législateur, en agissant ainsi, a voulu simplement supprimer un mot qui, après l'article 507, présentait une redondance !

Cette réponse vaut-elle la peine qu'on s'y arrête ? Nous ne le pensons pas. La majorité en nombre devra donc se calculer sur la totalité des créanciers vérifiés et affirmés. Nous le croyons, pour les raisons déjà données et, surtout, en présence de la modification apportée à l'ancien texte par l'article 509 (1).

SECTION III. — **Solution de l'assemblée.**

Résultat du vote.

27. — Examinons maintenant comment seront recueillis les avis, des créanciers délibérants et quels pourront être les différents résultats et leurs conséquences après la clôture de la discussion sur les propositions du failli.

(1) Bravard et Demangeat, page 393. — Renouard, tome 2, page 15. — Bordeaux, 18 décembre 1871. (Rec. de cette cour, tome 46) ; Cass., 7 janvier 1867. (Sir, 67, 1, 166).

28. — Le juge-commissaire fera une nouvelle lecture du projet de concordat, avec les modifications qui ont pu y être apportées. Puis il avertira que le greffier va procéder à l'appel nominal, et qu'à l'appel de son nom, chaque créancier devra, par *oui* ou par *non*, faire savoir s'il entend accorder ou refuser le concordat.

Le vote des créanciers pourra donner trois solutions :

29. — 1° Les propositions du failli n'obtiennent ni la majorité en nombre, ni la majorité en sommes, exigées par l'article 507. Dans ce cas, le concordat est repoussé : le juge-commissaire annonce ce résultat négatif et déclare que les créanciers sont désormais en état d'union, conformément à l'article 529. Il dresse ensuite un procès-verbal, le signe avec le greffier et en ordonne le dépôt au greffe.

30. — 2° Si les deux majorités voulues par la loi se trouvent réunies, le juge-commissaire déclare qu'il y a concordat, et invite les créanciers favorables au failli à venir apposer leur signature au bas du projet de concordat, s'ils ne l'ont déjà fait aussitôt l'appel de leur nom. Le concordat n'est pas, en effet, un traité verbal ; c'est un traité solennel et littéral ; les créanciers adhérents ne sont engagés que par leur signature ; alors même qu'ils ont répondu affirmativement, ils sont toujours maîtres de se rétracter et de ne pas confirmer leur réponse par leur signature. En sens inverse, rien ne s'oppose à ce qu'un créancier dissident, s'apercevant qu'une voix manque pour l'obtention du concordat et animé subitement de sentiments plus favorables au failli, ne vienne signer le concordat et ne soit, par suite, considéré comme consentant. Lorsqu'un créancier ne peut ou ne sait signer, il suffira, croyons-nous, d'une constatation du juge-

commissaire que le dit créancier a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer.

Le concordat doit, à peine de nullité, être signé séance tenante. (Art. 509). Il importe, en effet, comme l'a dit, en 1807, M. Regnaud de Saint-Jean d'Angély, dans la discussion au conseil d'Etat, que l'on ne puisse colporter des concordats sur lesquels on obtiendrait des signatures par faiblesse, par séduction ou corruption.

Le juge-commissaire dresse aussi, dans cette hypothèse, un procès-verbal.

Mais il ne résulte pas de l'article 509 l'obligation de ne consacrer à la délibération qu'une seule séance ; la lecture des pièces, l'exposé des propositions du failli et leur discussion peuvent quelquefois demander plusieurs jours. De même, la loi n'interdit pas de suspendre la séance et de donner aux créanciers absents ou empêchés le temps nécessaire pour se faire représenter (1) ; seulement, la délibération une fois terminée, il faut passer immédiatement au vote ; sinon le concordat, formé par deux actes séparés et de dates différentes, est radicalement nul.

31. — 3° Si le failli n'a obtenu que l'une des deux majorités, la loi permet une nouvelle épreuve et la délibération est remise de plein droit à huitaine. (Art. 509). Si la majorité en nombre est obtenue, il faut qu'elle soit composée, comme nous l'avons dit plus haut, de la majorité de tous les créanciers vérifiés et affirmés.

L'ancien article 522 n'ordonnait la prorogation à huitaine que

(1) Cass., 13 février 1855. (Sir., 55, 1, 357).

dans un seul cas : celui où, des deux majorités exigées, celle en nombre serait acquise au débiteur. Ainsi, le failli obtenait-il la majorité des trois quarts en sommes et non la majorité en nombre, le concordat était définitivement repoussé ; le nouvel article 509 autorise, dans les deux cas, une seconde délibération. Il ne pouvait du reste en être autrement sous l'empire de l'ancienne loi, puisque la majorité en nombre ne se comptait que sur les créanciers présents.

L'époque de la seconde assemblée n'est pas laissée à l'arbitraire du juge ou des créanciers ; elle est fixée par la loi à huitaine, et ne saurait avoir lieu ni plus tôt, ni plus tard. Si la nouvelle assemblée est convoquée après un délai plus long que celui prescrit par l'article 509, le concordat consenti dans cette seconde réunion ne devra pas être homologué par le tribunal. En fixant la nouvelle séance à un jour peu éloigné, on a voulu empêcher le failli d'amener, par des obsessions et par des démarches individuelles, les créanciers non consentants à se prononcer en sa faveur et à voter un concordat qui ne réunirait plus les conditions essentielles à sa validité (1).

Néanmoins, si, par suite de maladie, d'incendie ou autre cas d'une force majeure, la réunion ne peut avoir lieu à huitaine, on pourra s'adresser au tribunal pour faire fixer la date de l'assemblée à un autre jour. Ce sera au créancier ou au failli qui demande la prorogation du délai, à établir l'impossibilité de se conformer à l'article 509.

Les questions agitées lors de la première assemblée sont de nouveau discutées. L'article 509, contrairement à une opinion soutenue sous l'empire de l'ancien texte par quelques auteurs, décide

(1) Bordeaux, 10 mai 1845. (Sir., 46, 2, 316).

que les résolutions et les adhésions données dans la première réunion demeureront sans effet.

Cette décision est juste. Dans tous traités synallagmatiques, une partie ne peut être obligée alors que l'autre ne l'est pas. Or, le failli pouvant modifier ses propositions, étant même forcé de le faire pour obtenir la majorité qui lui fait défaut, les créanciers ne peuvent être liés à son égard par les adhésions données dans la première réunion.

- La loi ne prescrit pas une convocation spéciale pour la réunion remise à huitaine ; cependant tous les auteurs sont unanimes pour décider qu'il est utile et plus régulier d'avertir les créanciers par lettres ou insertions dans les journaux ; car ceux qui n'ont pas assisté à la première assemblée ignorent qu'il y en aura une seconde.

Cas où le concordat est impossible.

32. — Avant d'aller plus loin dans notre sujet, nous devons exposer dans quel cas le concordat ne pourra être accordé. Il eut été plus logique peut-être de le faire connaître au début de l'étude que nous faisons sur le concordat ; mais il était utile de savoir auparavant quels créanciers avaient droit de voter et comment se composait la double majorité exigée par les articles 507 et 509. Aussi avons-nous cru bien faire en retardant jusqu'à ce moment, l'explication des divers incidents, des diverses circonstances, qui peuvent empêcher la formation du concordat.

Le concordat est un témoignage de confiance des créanciers à l'égard du failli ; c'est presque une excuse aux yeux de la société. Or, comme il importe que cet honneur ne soit pas accordé au débiteur dont la faillite est le résultat d'actes inexcusables et malhon-

nêtes, la loi le refuse au banqueroutier frauduleux. Ce traité est impossible entre lui et ses créanciers ; et si la condamnation n'est intervenue qu'après le vote et l'homologation du concordat, elle en emporte de plein droit l'annulation. (Art. 510 et 520).

33. — L'article 510 devra-t-il s'appliquer si c'est une faillite antérieure et non la faillite actuelle qui a donné lieu à la condamnation pour banqueroute frauduleuse ? Nous le croyons. Le législateur, en édictant cette peine, a voulu éviter une atteinte grave à la morale publique. Il y aurait eu scandale à permettre au failli qui a manqué aux lois de l'honneur et de la probité, de reprendre la direction de ses affaires. Que sa condamnation soit récente ou ancienne, la tache n'en existe pas moins et tout concordat avec lui est impossible.

34. — Souvent, il y a lieu de procéder à la délibération sur le concordat, alors que des poursuites sont seulement dirigées contre le failli. Dans ce cas les créanciers sont, aux termes de l'article 510, convoqués à l'effet de décider s'ils se réservent de délibérer sur un concordat *en cas d'acquiescement*, et si en conséquence ils surseoient à statuer jusqu'à l'issue des poursuites. Le sursis dont il s'agit ne pourra être prononcé qu'à la majorité en nombre et en sommes, déterminée par l'article 507.

Si, à l'expiration du sursis, il y a lieu de délibérer sur le concordat, ou suit les règles établies par cet article. Dans le cas où le sursis n'a été voté qu'à l'une des deux majorités, il faut renvoyer la délibération à huitaine.

35. — Il résulte de l'article 510, que, par le fait d'une instruction en banqueroute frauduleuse, les créanciers se trouvent en état d'union, à moins que la double majorité ne se prononce pour un sursis. Comme le fait remarquer M. Bédarride, cette situation est rigoureuse pour le failli : « La poursuite contre le failli peut n'avoir pour base
« qu'une erreur, que le grand jour de l'audience viendra éclaircir
« et dissiper. Et cependant, cette poursuite imméritée sera aggra-
« vée par le rejet du sursis qu'elle aura probablement déterminé.
« Il eut été beaucoup plus rationnel de suivre dans ce cas la règle
« ordinaire des assemblées délibérantes et de s'en rapporter à la
« majorité des votants, ou bien de proclamer en principe qu'il serait
« sursis à la délibération lorsque le failli serait poursuivi, sauf à la
« majorité des créanciers à décider qu'il serait passé outre. » (1) La loi, croyons-nous, mérite cette critique ; cependant, elle est formelle et l'on ne peut que l'appliquer.

36. — Les mots : *en cas d'acquiescement*, de l'article 510 ne sont pas d'une rigoureuse exactitude. Alors même que le failli n'est pas acquitté, on peut lui accorder un concordat, au cas où il est reconnu coupable non pas de banqueroute frauduleuse, mais seulement de banqueroute simple et par suite condamné à une peine correctionnelle.

Sous l'empire de l'ancien Code, la banqueroute simple entraînait aussi l'impossibilité d'obtenir un concordat. C'est avec raison que la loi de 1838 s'est départie de cette excessive rigueur. Les créanciers

(1) *Banqueroutes et faillites* (t. 2., N° 552).

ont souvent autant et plus d'intérêt que leur débiteur à la formation d'un concordat. De plus, entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse il y a une distance immense, la même qu'entre la fraude et l'imprudence. L'article 511 dispose donc avec raison que le failli condamné comme banqueroutier simple peut obtenir un concordat ; seulement si des poursuites sont commencées contre lui, les créanciers peuvent, soit lui accorder immédiatement un concordat ou se mettre en état d'union, soit surseoir à délibérer jusqu'à l'issue des poursuites qui peuvent amener des éclaircissements sur les affaires du failli et sur son honorabilité.

SECTION IV. — **Homologation du concordat.**

37. — Le concordat est voté, sera-t-il exécuté immédiatement ? Non, il faudra que la justice intervienne et en prononce l'homologation.

La raison de cette exigence vient de ce que, contrairement aux principes du droit commun, le traité signé entre le failli et ses créanciers est obligatoire à l'égard de tous ; la justice doit l'apprécier et examiner si les intérêts des créanciers non consentants ne sont pas lésés, si les formalités indiquées par la loi ont été scrupuleusement observées, et si des motifs d'intérêt public ne s'opposent pas à l'homologation du concordat.

38. — Cette confirmation du traité ne sera pas accordée d'office ; elle devra être demandée au tribunal de commerce, alors même que tous les créanciers ne sont pas ses justiciables, parce que dans ce cas la qualité du failli détermine la compétence.

39. — Par qui sera demandée l'homologation ? Par la partie la plus diligente, dit l'article 514. Les parties intéressées, c'est-à-dire le failli ou les créanciers ou les syndics, adresseront dans ce but une requête au tribunal. Il leur importe, en effet, qu'un traité qu'ils ont combiné avec leur débiteur, et dans lequel ils trouvent leur avantage, reçoive son exécution.

Nous ne partageons pas l'opinion d'après laquelle le tribunal pourrait prononcer l'homologation d'office, sur le rapport du juge-commissaire. Les travaux préparatoires permettent de repousser cette opinion. Le projet présenté par le Gouvernement autorisait le juge-commissaire à provoquer l'homologation ; la commission de la Chambre supprima cette disposition. Lors de la discussion, un député s'éleva contre cette suppression et il lui fut répondu avec raison, par le rapporteur, M. Renouard, que « le nombre des personnes « intéressées à poursuivre l'homologation du concordat était assez « grand pour qu'il ne soit pas nécessaire de faire intervenir le juge- « commissaire, qui, dans aucun cas, ne peut être partie principale « dans la formation du concordat. Le failli qui demande le concordat, « les syndics qui représentent la masse, chacun des créanciers qui « seront en grand nombre : ce sont là assez d'intérêts en présence » (1).

(1) Renouard, t. 2, page 53. — *Contra*, Bravard-Veyrières, page 410.

Tout créancier peut donc demander à la justice la confirmation du concordat. Cependant, cette faculté n'appartient qu'aux créanciers vérifiés ; celui dont la créance n'a pas subi la formalité de la vérification ne saurait avoir le droit de poursuivre l'homologation d'un traité au vote duquel il n'a pas pris part.

40. — L'homologation ne peut être demandée aussitôt l'obtention du concordat. La loi impose un délai de huit jours avant que le tribunal ne puisse statuer, pour permettre à ceux qui y ont intérêt, aux créanciers dissidents et même aux créanciers consentants, de former opposition à l'homologation. (Art. 513). Ce délai a aussi une autre utilité : celle de permettre au juge-commissaire de préparer le rapport qu'il doit faire au tribunal, conformément à l'article 514, avant toute décision sur l'homologation, et qu'il y ait ou non opposition au concordat. Ce rapport doit toujours être fait, et son omission entraînerait la nullité de l'homologation prononcée. Il n'est pas utile, toutefois, que la preuve de cette formalité résulte d'une mention faite dans le jugement d'homologation ; il a été jugé qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, et notamment de la présence du juge-commissaire à l'homologation (1). A la différence du rapport que doivent faire les syndics avant la délibération sur le concordat, il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit ; il peut être fait oralement dans le cas où le juge-commissaire participe au jugement d'homologation (2).

(1) Montpellier, 10 juin 1858. (Sir., 59, 2, 247).

(2) Cass., 2 mai 1853. (Sir., 53, 1, 403).

L'attention du juge-commissaire doit porter sur deux points : il doit d'abord donner au tribunal son opinion sur la conduite et la moralité du failli, lui faire connaître les causes de la faillite, afin que les juges puissent apprécier si, au point de vue de l'intérêt public, il doit accorder l'homologation ; il devra ensuite examiner les clauses mêmes du concordat et déclarer si, à son avis, son exécution est réclamée par l'intérêt des créanciers.

41. — Le tribunal peut être appelé à statuer sur l'homologation, soit directement sur la poursuite des parties intéressées, soit indirectement sur une opposition au concordat.

Occupons-nous d'abord du premier cas :

Il n'a pas été formé d'opposition.

42. — Aux termes de l'article 515, le tribunal peut refuser l'homologation pour inobservation des règles prescrites, ou lorsque des motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, paraissent de nature à empêcher le concordat. Etudions ces différents cas :

43. — 1° *Inobservation des formes*. Si les formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies, l'article 515 fait obligation aux tribunaux de refuser l'homologation du concordat. Quelles sont les règles à l'inobservation desquelles l'article 515 attache cette sévère conséquence ? Vise-t-il seulement les règles prescrites dans le paragraphe sur la formation du concordat, ou bien toutes celles prescrites depuis l'ouverture de la faillite ?

Toutes les règles contenues dans la loi, de l'article 507 à l'article 515, doivent être observées ; sinon l'homologation sera refusée. L'article 515 et la raison l'exigent ainsi, car la transgression de ces formalités pervertirait et vicierait l'essence même du traité.

En combinant les articles 515 et 507, on pourrait soutenir que l'observation de toutes les formalités nécessaires à la faillite, sont également nécessaires à l'homologation du concordat. Ce serait, croyons-nous, aller trop loin et fort au-delà des intentions du législateur, si l'on poussait la rigueur jusqu'à penser que le refus d'homologation est ordonné au tribunal, alors qu'une formalité peu importante a été omise. S'il s'agit d'une formalité essentielle, telle que l'absence de vérification et d'affirmation des créances, de convocation des créanciers, l'homologation devra être refusée ; mais l'inobservation de règles secondaires, non comprises dans le paragraphe où se trouve l'article 515, sera couverte par le vote du concordat et ne pourra en empêcher la ratification.

44. — Une question assez grave, et dont les auteurs se sont peu ou pas occupés, est celle de savoir si le refus d'homologation motivé sur l'inobservation des formes n'est que provisoire, et s'il n'y a pas lieu de réunir à nouveau les créanciers pour délibérer sur le concordat, une fois que l'obstacle s'opposant à l'homologation n'existe plus.

Un arrêt de la cour de Rouen, du 3 mai 1846, pose en principe que le refus d'homologation d'un concordat a pour conséquence nécessaire de placer les créanciers en état d'union :

« Attendu qu'on ne peut supposer qu'il soit permis au failli, après
« le refus d'homologation du concordat qu'il avait indûment obtenu,

« d'en demander un nouveau à une époque où tous les délais pres-
« crits par la loi à peine de nullité pour former un concordat, sont
« depuis longtemps expirés (1). »

Comme le fait remarquer M. Demangeat, il y a là une erreur ; la loi n'exige pas que l'on procède au vote du concordat dans un délai donné après la convocation faite en vertu de l'article 504. Ce délai peut être fort long, et la délibération peut exiger de nombreuses séances.

La cour de Rouen ajoute : « Il ressort de la combinaison des
« articles 509, 515, 529 que les créanciers sont en état d'union lors-
« qu'il n'intervient pas de concordat, ou, ce qui est la même chose,
« par cela seul que le concordat qui ne peut exister sans l'homolo-
« gation de la justice a été repoussé par elle. » Nous ne saurions admettre cette décision ; l'arrêt résout la question par la question elle-même : il s'agit, en effet, de savoir si le refus d'homologation équivaut au rejet du concordat ; c'est ce que nous ne croyons pas. Il serait injuste de faire retomber sur le failli et sur les créanciers qui ont intérêt au concordat, les conséquences d'un refus d'homologation résultant de l'inobservation des formalités légales, faute qui souvent ne provient pas de leur fait ou n'est que le résultat d'une erreur.

La Cour de cassation (2) a confirmé notre manière de voir et reconnaît que le jugement refusant d'homologuer un concordat pour inobservation des formes, n'implique pas l'impossibilité de faire, s'il y a lieu, un nouveau concordat et d'en obtenir l'homologation.

(1) Rouen, 3 mai 1846. (Sir., 47, 2, 561). — Demangeat sur Bravard, page 411, *note*.

(2) Cass., 10 août 1847. (Sir., 51, 1, 100).

45. — 2° *Refus motivé sur l'intérêt public.* Lorsque la conduite du failli mérite de graves reproches et ne comporte pas la faveur d'un concordat, le tribunal peut refuser son homologation. La morale serait blessée si l'on pouvait facilement remettre à la tête de ses affaires un commerçant dont l'honorabilité, non atteinte par un jugement correctionnel ou un arrêt de la cour d'assises, est loin d'être à l'abri de tout soupçon.

Dans ces circonstances, on doit s'en rapporter à l'appréciation des juges. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire (1) et peuvent accorder ou refuser l'homologation sans que leur décision puisse donner ouverture à cassation (2). La juridiction qui a déclaré la faillite, qui en a suivi toutes les phases, peut seule apprécier la moralité du failli. L'opinion publique et le rapport du juge-commissaire faciliteront et éclaireront la décision des juges.

Il est impossible de rapporter ici les nombreux motifs d'intérêt public invoqués par la justice pour refuser l'homologation du concordat. Nous en ferons cependant connaître quelques-uns : certains tribunaux ont fondé leur refus, soit sur des faits que le tribunal correctionnel avait déclarés insuffisants pour nécessiter la condamnation du failli comme banqueroutier simple, soit sur l'incapacité grossière dont il avait fait preuve dans la gestion de ses affaires. Le fait de représenter une comptabilité désordonnée, d'avoir créé des billets de complaisance, de s'être livré à des opérations hasardeuses, de ne pouvoir justifier ses pertes, a été invoqué souvent

(1) Cass., 2 mai 1853. (Sir., 53, 1, 403).

(2) Cass., 14 mai 1839. (Sir., 39, 1, 699).

par la justice pour légitimer son refus de sanctionner un concordat (1).

46. — 3° *Refus motivé sur l'intérêt des créanciers.* Sous l'empire de l'ancien Code, on n'admettait pas que les tribunaux puissent s'appuyer sur des motifs tirés de l'intérêt des créanciers pour refuser l'homologation. Le tribunal, n'étant pas partie au concordat stipulé entre les créanciers et le failli seulement, ne devait pas s'immiscer dans le règlement de leurs intérêts respectifs ; il ne pouvait refuser d'office son homologation que pour inobservation des formalités. De plus, la loi de 1807 n'autorisait les tribunaux à repousser le concordat que pour cause d'inconduite ou de fraude du failli. En conséquence, l'intérêt pécuniaire des créanciers ne pouvait être pris en considération que si cette question lui était soumise par voie d'opposition.

Ce raisonnement, fort logique, ne pouvait être appliqué sous l'empire de la nouvelle loi ; il était, en effet, inconciliable avec les innovations qu'elle avait apportées. Dans le but de faciliter et d'accélérer la marche de la faillite, la loi de 1838, sans se préoccuper si les délais accordés aux créanciers domiciliés hors de France, sont ou non expirés, veut que l'on passe outre à la formation du concordat ; elle décide également qu'en cas de contestation sur l'admission d'une créance, on n'attendra pas la décision de la justice. Dès lors, il était indispensable de faire intervenir le tribunal pour sauve-

(1) Voir *Dict. de droit com.*, de Ruben de Couder, V° *Concordat*, N°s 135 à 165.

garder les droits de ces créanciers, et examiner si les clauses du concordat étaient de nature à pouvoir être acceptées par ceux des créanciers qui n'avaient pas défendu leurs intérêts.

Il faut aussi considérer que le vote de la double majorité est un signe apparent mais non infaillible, une probabilité mais non une certitude, que les créanciers ont intérêt au concordat. La majorité peut avoir été trompée, la minorité avoir été sacrifiée ; c'est donc avec raison que la nouvelle loi a rendu à la conscience des juges toute sa liberté, en les laissant arbitres suprêmes et intelligents des intérêts de tous.

Mais, si le tribunal peut refuser d'homologuer le concordat en invoquant l'intérêt des créanciers, il ne peut pas en modifier les clauses ni imposer certaines conditions, pour prix de son homologation (1).

47. — Dans le cas où l'homologation est refusée dans l'intérêt des créanciers, nous croyons que l'on pourra les réunir une seconde fois pour voir s'il y a lieu d'accepter les nouvelles propositions faites par le failli et de lui accorder un concordat.

Il a été formé une opposition.

48. — Si la minorité peut être liée par un concordat qu'elle n'a pas consenti, il faut du moins que les formalités prescrites aient été accomplies, et que le tribunal reconnaisse la bonne foi du débiteur.

(1) Nancy, 6 juin 1846. (Dall., 46, 2, 198). Renouard, tome 2, page 60.

De là naît pour les parties intéressées le droit d'éclairer le tribunal sur tous les motifs qui s'opposent au concordat ; elles atteignent ce but en y formant opposition.

49. — Qui peut former opposition ? Tous les créanciers ayant eu droit de concourir au concordat, ou dont les droits auront été reconnus depuis. (Art. 512). Il ne suffirait pas qu'un créancier, pour pouvoir se rendre opposant au concordat, ait simplement intenté une demande, tendant à faire reconnaître son droit de créance. Cette opinion a été pourtant soutenue, mais elle nous paraît en contradiction manifeste avec le texte et l'esprit de la loi ; elle obligerait le tribunal à renvoyer *toujours* son jugement sur l'opposition jusqu'à la décision de la contestation sur la qualité de l'opposant, alors que l'article 499 permet aux juges d'ordonner, en cette hypothèse, qu'il sera passé outre à la formation du concordat (1).

50. — Un créancier hypothécaire peut, nous l'avons vu, prendre part au vote sur le concordat ; seulement, par le fait même de son vote, il perd sa garantie hypothécaire. Faudra-t-il étendre cette déchéance au cas où il aura fait opposition ? Nous le croyons, car le motif qui a inspiré l'article 508 existe encore ici : en votant, le créancier hypothécaire, s'il avait conservé sa garantie, aurait pu imposer aux créanciers chirographaires sa volonté, sans souffrir lui-même du résultat de la délibération ; or, l'admission ou le rejet de son opposition produit le même effet et équivaut à son vote, soit positif, soit négatif. Il y a donc lieu de protéger ici les créanciers chirogra-

(1) Voir Bedarride, tome 2, page 566.

phaires et de décider que le créancier hypothécaire opposant perd tout droit à son hypothèque, par le seul fait de son opposition (1).

51. — Dans quelles formes devra être faite l'opposition ? L'article 512 nous le fait connaître :

1° L'opposition devra, à peine de nullité, être formée dans les huit jours qui suivront le concordat ; ce délai court contre toute personne et s'applique aux mineurs, aux incapables. Il n'est pas augmenté en raison des distances, car chaque créancier, averti depuis longtemps, a pu charger un fondé de pouvoir de faire opposition ou se tenir prêt.

2° Elle doit être motivée. En effet, celui qui fait opposition doit en donner le motif, et le droit de défense veut que le failli ou les créanciers consentants au concordat, puissent connaître les raisons pour lesquelles on attaque le traité.

Sous le Code de 1808, l'énonciation des motifs de l'opposant avait une autre utilité : elle déterminait la compétence de la juridiction appelée à statuer sur l'opposition. Le jugement sur les oppositions appartenait au tribunal de commerce, dans le cas seulement où les moyens de l'opposant étaient fondés sur des actes ou opérations dont la connaissance était attribuée par la loi à cette juridiction ; dans tous les autres cas, les tribunaux civils connaissaient de l'opposition.

3° Elle doit contenir assignation à la première audience du tribunal de commerce, qui suivra l'expiration de la huitaine.

4° Elle doit être signifiée aux syndics et au failli. Si un syndic se

(1) Cass., 21 déc. 1840. (Sir., 41, 1, 313) ; Renouard, tome 2, page 41.

rend opposant, en qualité de créancier, (car en qualité de syndic, il ne le peut), il devra signifier son opposition à l'autre syndic, s'il y en a plusieurs; sinon, il devra provoquer la nomination d'un nouveau syndic, qui recevra la signification. (Art. 512).

La loi n'a pas voulu ici que le juge-commissaire puisse recevoir l'opposition, alors qu'elle lui a permis de vérifier les créances des syndics. Il n'y a pas, en effet, d'inconvénients à ce qu'un syndic signifie son opposition à son co-syndic, tandis qu'il y aurait de graves dangers à laisser vérifier la créance de l'un d'eux par l'autre.

52. — Une fois l'opposition faite dans les formes voulues, les parties se présentent à l'audience. L'opposant développe lui-même, ou par fondé de pouvoir, les motifs de son opposition; le failli ou les syndics lui répondent, et le tribunal prononce. Dans ce débat, les parties feront surtout usage du rapport dressé par le juge-commissaire et l'invoqueront pour ou contre l'admission de l'opposition.

Le tribunal statuera par un seul et même jugement sur l'opposition et l'homologation. Si l'admission de l'opposition entraîne l'annulation du concordat (article 513), son rejet n'oblige pas le tribunal à sanctionner le traité; il peut, en effet, fonder son refus sur des motifs autres que ceux allégués par l'exposant. La nouvelle loi a fait disparaître une complication inutile de l'ancien texte, aux termes duquel on devait statuer sur l'opposition et l'homologation par deux jugements distincts. Si l'opposition était rejetée, l'homologation était poursuivie dans la huitaine du jugement du rejet. (Ancien article 524).

Il existe cependant un cas où, sous l'empire de la nouvelle loi, il y aura deux jugements, et, par conséquent, un certain délai entre

l'un et l'autre. C'est ce qui arrive si l'opposition s'appuie sur des questions en dehors de la compétence du tribunal de commerce. On devra alors surseoir jusqu'à la solution des questions dont dépend l'opposition ; toutefois, pour éviter tout retard dans la marche de la faillite, l'opposant devra, dans un délai fixé par les juges, saisir la juridiction compétente et justifier de ses diligences. Les questions dont il s'agit une fois jugées, le tribunal prononcera sur l'opposition et l'homologation. (Art. 512, 4^e et 5^e alinéas).

53. — Le jugement d'homologation sera-t-il susceptible d'appel ? L'affirmative n'est pas douteuse ; le silence de l'article 583, qui énumère quels sont en matière de faillite les jugements dont on ne peut faire appel, suffirait pour en décider ainsi. De plus, l'article 519 ne laisse aucun doute à cet égard, puisqu'il suspend les effets du jugement d'homologation jusqu'à ce qu'il soit passé en force de chose jugée.

Conformément à l'article 582, le délai d'appel est ici de quinze jours, comme pour tous les jugements rendus en matière de faillite.

54. — Par qui l'appel pourra-t-il être interjeté ? Si l'homologation a été accordée après le rejet de l'opposition, ce droit appartiendra seulement à ceux qui l'ont formé. En effet, l'esprit de la loi est de n'accorder aux intéressés qu'un délai de huitaine à partir de la signature du concordat, pour faire opposition. Après ce délai, ceux qui n'ont pas attaqué le traité conclu entre les créanciers et le failli, sont censés l'avoir définitivement accepté. Renouard, tout en adoptant cette solution, prétend que tous les créanciers pourront faire appel si les syndics, leurs représentants, ont formé opposition

à l'homologation du concordat (1). Il commet là, croyons-nous, une inexactitude : la loi ne permet pas aux syndics de faire, en cette qualité, opposition au concordat ; les créanciers ont seuls ce droit. Cela est si vrai que les syndics doivent recevoir la notification de l'opposition. (Art. 512, alinéa 2). Le cas prévu par Renouard ne peut donc pas se présenter.

55 — Jusqu'à présent, nous avons raisonné dans l'hypothèse où le tribunal de commerce a homologué le concordat. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire au cas où le tribunal a refusé de sanctionner le concordat, sa décision pourra-t-elle être attaquée par la voie de l'appel ? L'appel sera possible, car aucun texte ne s'y oppose, et ce recours sera ouvert à toute partie intéressée. En effet, aux termes de l'article 513, la partie la plus diligente poursuivra l'homologation devant le tribunal ; par suite, elle n'a pas agi seulement pour son compte particulier, mais bien pour celui de tous les créanciers et du failli. Donc, tous les créanciers peuvent faire appel, puisqu'ils sont censés avoir tous succombé devant le tribunal.

Notons que lorsqu'une Cour d'appel se prononce sur l'homologation d'un concordat, son arrêt n'a pas besoin d'être précédé du rapport du juge-commissaire exigé par l'article 514 (2).

56. — Le jugement par lequel le tribunal accorde ou refuse l'homologation du concordat peut-il être attaqué par une autre voie que

(1) Renouard, tome 2, page 63.

(2) Cass. 2 mai 1853. (Sir., 53, 1, 403).

l'appel ? Peut-on y faire opposition ? Ainsi, le failli a fait prononcer l'homologation ; les créanciers non comparants peuvent-ils former opposition ! Ou réciproquement, le failli peut-il attaquer par ce moyen la décision de la justice qui refuse l'homologation ? Nous ne le croyons pas, car la voie de l'opposition n'est ouverte qu'aux défaillants ; or, ni les créanciers dans le premier cas, ni le failli dans le second, ne peuvent être considérés comme ayant fait défaut, ainsi que le dit un arrêt de la Cour de Paris, du 28 avril 1855 (1).
« Chaque intéressé a su ou dû savoir que, huitaine après le concordat, le tribunal pouvait être saisi de la demande en homologation ;
« chacun a pu se joindre au créancier requérant cette homologation
« ou prendre des réquisitions contraires ; et, ainsi interpellé par la
« loi, aucun ne peut être considéré comme défaillant non averti. »
De plus, le jugement d'homologation n'est pas déclaratif, mais attributif d'un droit ; c'est une simple autorisation, donnée par le tribunal, d'exécuter le concordat. Les parties ayant toutes pris part à sa formation ne doivent pas être appelées au jugement d'homologation ; la justice prononce sur la requête de la partie la plus diligente qui, dans ce cas, représente tous les intéressés. On ne peut donc pas dire qu'aucune d'elles ait fait défaut et, par suite, puisse former opposition.

(1) Paris, 28 avril 1855. (Sir., 55, 2, 716).

APPENDICE AU CHAPITRE PREMIER

CAS DE FAILLITE DES SOCIÉTÉS

57. — Les sociétés que reconnaît notre Code de commerce sont des personnes juridiques et des personnes faisant le commerce. Il s'ensuit nécessairement qu'elles peuvent être déclarées en faillite. Pour la société en nom collectif, ce point ne saurait faire de doute en présence des articles 438 et 458 ; et nul ne conteste que les prescriptions de ces articles ne soient applicables, dans les sociétés en commandite, aux associés en nom, et même aux commanditaires qui, s'étant immiscés dans la gestion des affaires sociales, ont été déclarés personnellement responsables des dettes de la société.

58. — En ce qui concerne les sociétés anonymes, la question est controversée. Nous croyons, avec la plupart des auteurs et la jurisprudence, que les sociétés de capitaux peuvent aussi être déclarées en faillite. L'objection principale de l'opinion contraire s'appuie surtout sur l'impossibilité d'appliquer à une société anonyme en faillite un grand nombre des prescriptions de la loi, et, entre autres, celles concernant la perte des droits civils et commerciaux, la déclai-

ration du nom des faillis, la représentation de leurs personnes à plusieurs actes, leur emprisonnement dans certains cas.

Cet argument a été victorieusement réfuté. Les dispositions de la loi en matière de faillite n'ont pas seulement pour but direct et principal de protéger la personne et les biens du failli, mais aussi, et surtout, d'assurer les intérêts des créanciers, de les saisir de leur gage et d'en faire une répartition d'autant plus sûre et légale entre tous, que la liquidation a lieu sous la surveillance et le contrôle de la justice. Si, en cas de cessation de paiements de la part d'une société anonyme, toutes les formalités relatives à la personne du failli ne peuvent être accomplies, il en est de même quand le failli est absent ou décédé, ce qui ne met pas obstacle à la déclaration de faillite et aux opérations qui en sont la conséquence. D'ailleurs, les administrateurs ou liquidateurs restent les représentants de la société pour exercer les droits que la loi accorde au failli.

Il résulte de ce que nous venons de dire que toutes les sociétés peuvent être mises en faillite. Etudions dans cet appendice comment elles pourront obtenir un concordat.

Sociétés de personnes.

59. — La faillite des sociétés en nom collectif et en commandite présente sur ce point de nombreuses difficultés.

Il s'agit en effet de régler le conflit qui s'élève pour la formation des concordats particuliers à chaque associé, entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels de cet associé. Chaque associé en nom a, en effet, deux catégories de créanciers : les créanciers de la société et ses créanciers personnels. Les premiers ont sur l'actif

social un droit de préférence ; mais sur les biens propres de chaque associé, ils concourent avec les créanciers personnels. La faillite des sociétés de personnes entraîne forcément celle des membres qui la composent : c'est une conséquence du principe que les associés en nom répondent personnellement de tous les engagements de la société. Les dettes sociales sont en même temps celles des associés et chacun d'eux se trouve en état de cessation de paiements par cela seul qu'il laisse ces dettes en souffrance (1).

Deux faillites co-existent donc l'une à côté de l'autre : celle de la société, celle de chaque associé. Quelles décisions les créanciers pourront-ils prendre à l'égard de l'une et de l'autre ?

60. — Sous l'empire du Code de 1808, les principes de la solidarité faisaient décider que nul des créanciers responsables ne pouvait obtenir un concordat individuel quand les créanciers de la société se mettaient en état d'union. La loi de 1838 a voulu avec raison tenir compte à chacun de sa bonne ou mauvaise foi et permettre d'accorder à celui-ci une indulgence que celui-là ne mérite pas. C'est dans ce but qu'a été voté l'article 531, ainsi conçu : « Lorsqu'une société
« de commerce sera en faillite, les créanciers pourront ne consentir
« de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs des associés. En ce
« cas, tout l'actif social demeurera sous le régime de l'union. Les
« biens personnels de ceux avec lesquels le concordat aura été con-
« senti en seront exclus, et le traité particulier passé avec eux ne
« pourra contenir l'engagement de payer un dividende que sur des

(1) Paris, 9 août 1869. (D., P., 70, 2, 10).

« valeurs étrangères à l'actif social. L'associé qui aura obtenu un concordat particulier sera déchargé de toute solidarité. »

61. — D'après cet article, on voit qu'un concordat peut être accordé à un ou plusieurs des associés seulement, ou à la société entière. Dans l'une et l'autre hypothèse, voyons quels sont les créanciers ayant droit de voter au concordat et à qui le traité sera opposable?

62. — Première hypothèse : *Le concordat a été refusé à la société, et l'actif social se trouve sous le régime de l'union.* L'article 531 permet alors d'accorder des concordats individuels à l'un ou à quelques-uns des associés. Quelle devra être dans ce cas la composition de la majorité prescrite par l'article 507 ? Selon Renouard, deux votes successifs seraient nécessaires, savoir : 1° vote des créanciers sociaux ; 2° vote des créanciers sociaux réunis aux créanciers personnels (1). Sans cela, d'après cet auteur, les créanciers personnels de l'associé pourraient faire la loi aux créanciers sociaux et les obliger à consentir un concordat partiel.

On peut facilement retourner l'argument. Pour soustraire les créanciers sociaux à la décision des créanciers personnels, Renouard met ces derniers sous la dépendance absolue des créanciers sociaux, qui, en refusant le concordat particulier à l'associé, mettent les créanciers personnels dans l'impossibilité d'accorder au failli une faveur que réclament aussi leurs intérêts. De plus, aucun texte,

(1) Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, tome 2, page 140.

aucun principe ne prescrit, dans notre espèce, de supputer la majorité de l'article 507, comme le veut Renouard.

63. — Le principe de l'égalité des créanciers devra s'appliquer ; inutile de s'inquiéter de la faillite de la société dont le sort est réglé et qui se terminera par l'union ; il n'y a plus à s'occuper de créanciers sociaux ; à l'égard de la faillite particulière de l'associé, ils ne sont que des créanciers personnels ; il n'y a qu'une seule masse sur laquelle le failli devra obtenir la double majorité voulue par la loi.

64. — Ce concordat particulier ne sera exécutoire que sur l'actif propre de l'associé ; il serait absurde qu'il pût employer au paiement du dividende promis l'actif appartenant à l'être juridique, la société, actif qui est désormais soumis au régime de l'union. L'article 531 eût-il été muet sur ce point, qu'on aurait dû en décider ainsi. Cependant, Bravard-Veyrières reconnaît à cette disposition de l'article 531 une certaine utilité ; selon lui, le législateur a voulu proscrire la clause expresse par laquelle les créanciers sociaux abandonneraient l'actif social à l'associé concordataire. Cette clause pourrait en effet être préjudiciable aux associés non concordataires et à leurs créanciers personnels. Toutefois, si tous les associés avaient obtenu personnellement un concordat, les créanciers auraient le droit de faire cet abandon (1).

(1) Paris, 25 mars 1858. (Sir., 59, 2, 248).

65. — L'article 531, aux termes duquel l'associé concordataire est déchargé de toute solidarité, ne s'applique qu'à l'égard des créanciers. Entre associés, l'obligation de payer les dettes sociales subsistent toujours et chacun d'eux est tenu d'y contribuer dans la proportion de leurs mises et conformément aux clauses de l'acte de société.

Par son concordat un associé a-t-il diminué la dette sociale pour une quotité plus forte que sa portion contributoire, il peut répéter l'excédant contre ses co-associés, mais seulement après le paiement des créanciers sociaux, dont il ne peut diminuer le gage puisqu'il est leur obligé. Si, au contraire, la libération que son traité particulier avec ses créanciers a procuré à la dette sociale est inférieure au passif de son compte social, il doit à ses co-associés le surplus de ce compte. Mais ces derniers ne pourront recourir contre lui que lorsqu'il aura satisfait aux obligations de son concordat.

66. — A un point de vue, la remise de la solidarité à l'égard des créanciers n'est pas complète, car si l'associé concordataire veut obtenir sa réhabilitation, il devra payer toutes ses dettes en capital et en intérêts. Dans ce nombre sont forcément comprises celles de la société.

67. — A quel moment le concordat particulier doit-il être demandé ? D'après un arrêt de la Cour de cassation, si la faillite de la société et celles des associés ont le même juge-commissaire et les mêmes syndics et que les créanciers personnels aient été convoqués en même temps que ceux de la société, la demande doit, à peine de

déchéance, être faite dans l'assemblée même des créanciers qui a rejeté les propositions faites au nom de la société (1).

Cette décision ne saurait être critiquée alors surtout que les créanciers sociaux et ceux des associés ont été réunis en une seule assemblée. Mais, s'il est vrai qu'aucune disposition de loi ne prohibe formellement une pareille manière de procéder, il faut reconnaître du moins qu'il y a quelque chose d'insolite et d'anormal à faire délibérer ainsi, en présence les uns des autres, différentes catégories de créanciers qui peuvent avoir des intérêts opposés. Selon nous, quel que soit le lien qui puisse exister entre la faillite de la société et celle de chacun des associés, elles n'en forment pas moins autant de faillites distinctes, et il peut par suite y avoir autant d'assemblées différentes qu'il y a de concordats à former. Il n'est même pas possible qu'il en soit autrement, lorsque les différentes faillites n'auront ni le même juge-commissaire, ni les mêmes syndics.

68. — Seconde hypothèse : *Le concordat a été accordé à la société*. Cette hypothèse n'est pas prévue par l'article 531, qui ne vise que le cas où le concordat social est refusé. Un premier point ne souffre pas de difficulté : le concordat social est *res inter alios acta* à l'égard des créanciers personnels, car, n'ayant aucun droit à l'actif social, ils n'y sont pas intervenus et ne pouvaient y intervenir.

69. — Restent deux questions : 1^o les créanciers personnels non liés par le concordat social pourront-ils, à leur tour, accorder un concordat à l'associé, leur débiteur, dans sa propre faillite ? 2^o dans

(1) Cass., 26 avril 1869. (Sir., 70, 1, 113).

le cas de l'affirmative, les créanciers sociaux seront-ils admis à voter avec eux ?

70. — Un arrêt de la Cour de Paris, du 18 juillet 1870, réformant un jugement du tribunal de commerce de la Seine, a résolu affirmativement la première question (1). Les premiers juges avaient vu une impossibilité à ce qu'un concordat individuel fût accordé à un associé par ses créanciers personnels, quand la société en obtient elle-même un : « Attendu que le concordat particulier, autorisé par « l'article 531 en faveur des associés individuellement, ne peut « intervenir que dans le cas où les créanciers de la société sont en « état d'union, et n'a d'autre but que de dégager de la solidarité « celui ou ceux des associés à qui il est accordé ; qu'il n'y a donc « pas lieu de souscrire à des concordats particuliers lorsqu'un « concordat consenti à la société relève tous ses membres de leurs « dettes. » En décidant ainsi, le tribunal commettait une erreur évidente. De ce que l'article 531 se place dans l'hypothèse où le concordat social est refusé, pour permettre à un des associés de se faire consentir un concordat particulier, il n'en faut pas conclure que cet associé ne pourra avoir la même faveur au cas où la société l'aura d'abord obtenue. Ce concordat particulier ne fera pas double emploi avec le premier : par le concordat social, l'associé est libéré dans une certaine mesure à l'égard des créanciers sociaux, mais il reste tenu *in infinitum* envers ses créanciers personnels ; c'est seulement par son concordat particulier qu'il obtiendra des remises de ces derniers.

(1) Paris, 18 juillet 1870. (Sir., 70, 2, 243).

71. — Sur la seconde question, l'arrêt précité a fait aussi une juste application de la loi en permettant aux créanciers sociaux de participer avec les créanciers personnels de l'associé au vote du concordat particulier qu'il sollicite.

Ils sont, en effet, eux aussi, ses créanciers au même titre que les autres, et aucune raison de droit ne saurait les faire écarter. Deux considérations avaient déterminé les premiers juges à prendre une décision contraire : d'abord, les créanciers sociaux ont fixé par le concordat consenti à la société, les dividendes qu'ils pourront réclamer de chaque associé, dividendes dont il est tenu personnellement ; les créanciers sociaux ayant déjà fait des remises qu'ils ont jugées convenables, n'ont pas intérêt à intervenir à un second concordat. A quoi l'on peut répondre qu'ils y ont intérêt pour peser sur le vote des autres créanciers personnels de l'associé et leur faire consentir des remises qui allègeront les charges du failli et lui permettront d'exécuter plus sûrement les engagements pris par lui dans le concordat social.

Le second motif invoqué par le jugement était que les créanciers sociaux, en votant un concordat particulier, pourraient stipuler à leur profit de nouveaux avantages et imposer aux créanciers personnels des sacrifices qu'ils ne subiraient pas eux-mêmes. Cela est vrai ; mais c'est la conséquence de leur double qualité : comme créanciers sociaux, ils sont maîtres de l'actif de la société ; comme créanciers personnels de l'associé, ils ont également droit sur les biens propres de leur débiteur.

Sociétés de capitaux.

72. — Nous avons vu qu'une société anonyme peut être déclarée

en faillite et l'on pourrait en tirer la conséquence qu'elle peut obtenir un concordat. On a pourtant soutenu le contraire, et l'on a fait valoir des arguments que nous ne saurions accepter.

Accorder un concordat à une société anonyme est impossible, ont dit les partisans de la négative, car elle est dissoute par le fait de la faillite, ou au moins par l'extinction de la chose (Code civil, art. 1865, § 2 et 4). En outre, l'article 531 ne vise que les sociétés dont les membres sont responsables sur tous leurs biens des dettes sociales ; or, dans une société anonyme, la responsabilité de chaque associé est réelle.

Aucune de ces raisons n'est concluante. Il n'est pas exact de dire, en s'appuyant sur le paragraphe premier de l'article 1865, que la faillite dissout une société anonyme. Cet article parle de la faillite d'un associé et non de celle de la société, comme étant une cause de dissolution. L'argument tiré du paragraphe second du même article a encore moins de force : la faillite d'une société anonyme n'entraîne pas nécessairement la perte de la chose ; s'il en était toujours ainsi, il serait inutile de discuter ; car s'il est question d'accorder un concordat, c'est bien évidemment que tout le monde espère sauver une partie de l'actif. Enfin, on ne peut soutenir que l'article 531 n'admet la possibilité d'un concordat qu'en faveur des sociétés à responsabilité personnelle. Cet article n'a pas eu pour but de faire connaître quelles sociétés pourront obtenir un concordat ; il suppose qu'on peut accorder cette faveur à toutes et n'a d'autre but que d'autoriser les concordats particuliers pour chaque membre d'une société de personnes.

Les créanciers pourront donc accorder un concordat à une société anonyme, qui fera ses propositions par l'intermédiaire de ses administrateurs.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES EFFETS DU CONCORDAT. --- DE SON EXÉCUTION.

73. — Si l'on envisage dans leur ensemble les effets du concordat, on voit facilement que les uns découlent directement des prescriptions de la loi, alors que les autres résultent des conventions arrêtées entre le failli et ses créanciers.

Nous étudierons d'abord les effets légaux, ensuite les effets conventionnels du concordat ; et, dans une troisième section, nous parlerons de son exécution.

SECTION I. — Effets légaux.

Le concordat est obligatoire pour tous les créanciers chirographaires.

74. — « En principe, l'obligation qui naît d'une convention et le droit qui en résulte étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner

« de droit à un tiers dont la volonté n'a pas concouru à former la
« convention.

« Il semblerait qu'on pourrait opposer contre notre principe ce
« qui s'observe à l'égard des contrats d'*atermotement*. Lorsqu'un
« débiteur qui se dit hors d'état de faire honneur à ses dettes, a
« fait une convention avec les trois quarts de ses créanciers, cette
« convention qui lui accorde des remises et des délais, peut être
« opposée aux autres créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été parties
« au contrat, et le débiteur peut, en les assignant, faire déclarer
« commune avec eux la convention, sauf qu'elle ne pourra préjudi-
« cier à leurs hypothèques et privilèges, s'ils en ont.

« Ceci n'est pourtant pas proprement une exception à notre prin-
« cipe : car ce n'est pas la convention faite avec les trois quarts des
« créanciers qui oblige *per se*, par elle-même et par sa propre
« vertu, les autres créanciers qui n'y ont point été parties à faire
« les remises qui y sont portées. Cette convention ne sert qu'à faire
« connaître au juge qu'il est de l'intérêt commun des créanciers que
« cette convention soit exécutée par tous, la présomption étant que
« ce grand nombre de créanciers ne s'est réuni pour accorder ces
« remises que parce qu'il était de l'intérêt commun des créanciers
« de les accorder pour avoir le paiement du restant. Et comme il
« n'est pas juste que la rigueur de quelques créanciers nuise à l'in-
« térêt commun des créanciers, le juge les condamne à accéder à la
« convention et à accorder au débiteur les remises et les termes qui
« y sont portés. » (1).

(1) Pothier, *Des Oblig.*, Nos 87, 88.

Le concordat est donc obligatoire pour tous les créanciers chirographaires vérifiés ou non vérifiés, pour les créanciers contestés, soit qu'ils aient obtenu ou non leur admission provisionnelle et quelle que soit la somme que le jugement définitif leur attribue ultérieurement. Avec ce système, la majorité en nombre et en sommes peut, il est vrai, être faussée. En effet le créancier qui, non admis provisionnellement, est en définitive reconnu créancier, aura été privé de la faculté de concourir au concordat ; et, en sens inverse, celui qui a obtenu son admission provisionnelle et auquel la qualité de créancier est ensuite refusée, aura sans aucun droit pris part à la délibération sur le concordat.

Quoi qu'il en soit, le concordat sera opposable à tous les créanciers. L'article 516 est formel et fait cesser des doutes, qui s'étaient élevés sous l'empire de l'ancien Code, en le déclarant obligatoire même pour les créanciers non portés au bilan. Décider le contraire, c'était permettre au failli d'avantager certains créanciers qui, du reste, étaient en demeure de déclarer leur qualité de créanciers par les convocations adressées à tous les intéressés par la voie des journaux.

75. — Il n'est pas douteux que la réduction qui peut avoir été consentie au failli par le concordat n'atteindra pas les créances nées après son homologation. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de ce principe. Supposons que, lors du jugement déclaratif, le failli soit tenu d'une dette conditionnelle et que la condition ne se réalise qu'après l'homologation, le créancier sera certainement soumis au concordat ; car, par le fait de la rétroactivité de la condition, la créance se trouve avoir pris naissance avant la faillite. D'ailleurs, le

créancier conditionnel a dû être appelé, comme tous les autres, à la délibération sur le concordat.

76. — Conformément à ces principes, la Cour de cassation a jugé avec raison que si le failli est débiteur d'une rente viagère, la réduction atteindra les arrérages échus depuis l'homologation (1):

La créance de rente viagère est, en effet, constituée par l'acte même et ne prend pas seulement naissance au fur et à mesure des échéances des termes. La durée de l'obligation du débit rentier est seulement incertaine, puisqu'elle doit être égale à la vie du crédit rentier sur la tête duquel la rente est assise ; le débiteur est tenu, par la seule conclusion du contrat, au paiement de tous les termes qui deviendront successivement exigibles par le fait de l'existence du crédit rentier. Il résulte de ces principes que la créance de rente viagère n'a rien dans sa nature, sa cause et ses effets, qui puisse la soustraire, plus que toute autre, aux conséquences de la faillite, pour toutes les exigibilités postérieures au concordat, puisqu'elles sont nées d'une convention antérieure à la faillite.

77. — La réduction, avons-nous dit, ne peut atteindre les créances postérieures à la déclaration de faillite. A plus forte raison, elle n'atteindra pas les créances qui n'ont jamais existé contre le failli ; ainsi, un débiteur du failli a payé entre les mains des syndics une somme qu'il croit devoir ; après l'obtention du concordat par le failli, il s'aperçoit qu'il a payé plus qu'il ne devait ; dans ce cas, il

(1) Cass., 22 mars 1847. (Sir , 47, 1, 433).

aura droit au remboursement intégral de ce qu'il a payé en trop, car sa créance, ayant une cause postérieure à la faillite et procédant d'un quasi-contrat avec la masse des créanciers, constitue un droit à exercer contre cette masse (1).

78. — Si le failli peut opposer le concordat à tous les créanciers chirographaires, même à ceux qui n'y ont pas pris part, par contre il est tenu de payer les dividendes promis à tout porteur de titres sur lui sans pouvoir contester ces titres autrement que par les règles du droit commun sur l'erreur et les autres causes de nullité ou de rescision. Vainement opposerait-il que ces créances n'ont pas été vérifiées et affirmées, car ces formalités existent en faveur de la masse et non en faveur du failli. Ce serait sans succès également qu'il prétendrait avoir basé les propositions et les engagements pris dans le concordat sur la somme fixée par le procès-verbal de vérification et ne pouvoir supporter des charges plus lourdes, car un débiteur n'est pas censé ignorer ses dettes. De plus, si un créancier laisse écouler les délais prescrits pour la vérification de sa créance, sa négligence ne constitue pas contre lui une fin de non recevoir au profit de la masse ; à plus forte raison, devra-t-il en être ainsi à l'égard du failli (2).

79. — Mais les cautions qui ont garanti l'exécution du concordat seront-elles tenues à l'égard des créanciers non vérifiés et affirmés ?

(1) Cass , 2 janvier 1849. (Sir., 49, 1, 176).

(2) Bordeaux, 6 décembre 1887. (Sir., 39, 2, 194).

La question est délicate. Nous n'avons connu, peuvent-elles dire, les obligations du failli que par le bilan et le procès-verbal de vérification des créances ; nous n'avons jamais eu l'idée de nous engager au-delà, et il y aurait injustice à nous faire supporter des charges supérieures à celles que nous avons voulu assumer.

Ce raisonnement, séduisant en apparence, ne doit pas cependant prévaloir, car les cautions ont les mêmes obligations que le failli. Elles seront tenues dans notre hypothèse à moins qu'elles n'aient eu le soin de limiter leur garantie aux créances vérifiées et affirmées.

80. — Il y a cependant une classe de créanciers à qui on ne peut opposer le concordat : ce sont les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis de gage. Assurés le plus souvent d'obtenir un paiement intégral, ils ne peuvent participer au vote sur le concordat ; leur situation toute favorable les met en dehors de la faillite. Mais s'ils ne sont pas soumis au concordat, c'est au cas seulement où ils entendent se prévaloir de leur garantie. Nous avons déjà développé ce point dans notre premier chapitre.

Toutefois, si la garantie est insuffisante et que le créancier hypothécaire, privilégié ou nanti, n'ait pas reçu un paiement intégral, il se trouvera chirographaire pour le reliquat de sa créance et subira pour cette partie les remises consenties par le concordat. (Art. 552).

81. — Le failli seul ou ses ayants-cause peuvent invoquer le bénéfice du concordat. Tous ses co-obligés ne sont pas recevables à s'en prévaloir. L'article 545 est positif sur ce point, et le motif de cette décision est facile à saisir. C'est précisément dans la crainte de

n'être pas payé intégralement par un débiteur qu'on exige la garantie des tiers.

Cependant, il faut distinguer avec soin les remises faites volontairement au débiteur et les remises forcées résultant du concordat. Celles consenties au failli avant la déclaration de faillite, ou même avant la formation du concordat, ont le caractère d'une remise volontaire, et le créancier ne peut plus agir contre la caution, parce qu'il s'est placé dans l'impossibilité de la subroger à ses droits contre le débiteur principal.

Le concordat met fin au dessaisissement.

82. — La première mesure que nécessite l'intérêt des créanciers et que la loi, vu son importance, rattache de plein droit au jugement déclaratif, c'est d'enlever au failli la disposition et l'administration de ses biens, afin qu'il ne puisse plus augmenter son passif ou diminuer son actif, ni avantager certains créanciers au détriment des autres. (Art. 443).

Cette situation exceptionnelle et anormale produite par le jugement déclaratif cesse par l'homologation du concordat. (Art. 519). Le failli recouvre avec l'administration et la disposition de ses biens, la plénitude de sa capacité contractuelle ; les dettes dont il se rendra débiteur seront désormais valables même vis-à-vis de la masse, et leur paiement en pourra être poursuivi sur ses biens, redevenus disponibles. Toutefois, le failli concordataire restera sous le coup des incapacités politiques qui ne peuvent disparaître que par la réhabilitation ; l'entrée à la Bourse lui sera aussi défendue jusqu'à ce moment.

83. — Par l'homologation du concordat, les créanciers de la faillite sont relevés de l'incapacité corrélative dont ils avaient été frappés : ils rentrent dans l'exercice de leurs actions individuelles. Après le concordat, cette incapacité n'a plus de raison d'être, puisque les actes d'exécution contre les biens du failli ne sont plus centralisés dans les mains des syndics et que, la situation de chaque créancier ayant été fixée sur les bases d'une parfaite égalité, aucun d'eux ne peut plus être avantagé au détriment de l'autre. Les créanciers pourront donc agir contre le failli jusqu'à concurrence de la somme qui leur revient en vertu du concordat.

84. — Toutefois, la cessation du dessaisissement n'a pas lieu aussitôt après le jugement d'homologation, mais seulement lorsqu'il est passé en forme de chose jugée. (Art. 519). Avant cette époque, il y aurait danger à remettre le failli à la tête de ses affaires et à lui restituer l'actif de ses biens, car si le jugement d'homologation était infirmé en appel, il faudrait revenir sur l'exécution qu'il aurait reçue. Il en résulterait des lenteurs et des frais, et les créanciers ne retrouveraient peut-être pas dans son intégralité l'actif que le failli aurait pu dissiper.

Obéissant à ces motifs, la loi a décidé, dans son article 519, que les fonctions des syndics ne cesseront que lorsque le jugement d'homologation sera devenu inattaquable par la voie de l'appel. S'il y a eu appel formé, le dessaisissement ne cessera qu'après le rejet de cet appel ; si, au contraire, il n'en a pas été interjeté, le failli ne recouvrera la possession de son actif que quinzaine après la signification du jugement d'homologation aux syndics.

85. — Les syndics rendent au failli leur compte définitif en présence du juge-commissaire. Ils lui remettent tous les livres, papiers et effets, dont ils étaient détenteurs, et en reçoivent décharge. Le juge-commissaire dresse procès-verbal de ces faits. (Art. 519).

Si des contestations s'élèvent au sujet de cette reddition de compte, elles seront portées devant le tribunal de commerce. Deux motifs ont déterminé la loi à attribuer aux juges consulaires la compétence en cette matière. On évitera des frais, des lenteurs dans la décision, et le tribunal de commerce, dont le juge-commissaire fait partie, pourra mieux que tout autre décider en complète connaissance de cause.

86. — Il nous reste encore à faire une remarque importante sur le rétablissement du failli à la tête de ses affaires. Ce rétablissement peut être soumis à certaines restrictions. Les créanciers peuvent stipuler dans le concordat que le failli ne reprendra la direction de son commerce que sous la surveillance de commissaires choisis parmi eux, et dont les fonctions consisteront soit à veiller à l'exécution du traité intervenu entre le débiteur et ses créanciers, soit à y concourir activement dans la limite des pouvoirs qui leur sont accordés.

Une pareille stipulation est parfaitement permise ; car dans un concordat, comme dans tout contrat, on peut insérer toutes les clauses qui n'ont rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Elle n'apporte, du reste, aucune modification à ce que nous avons dit plus haut, et, si le débiteur est obligé de laisser agir les commissaires dans les limites qui leur ont été assignées, il n'en est pas moins, à l'égard des tiers, relevé du dessaisissement. Ainsi, ceux qui auront

des actions à exercer contre lui ne sont pas obligés de les diriger contre les commissaires.

Si les commissaires sont chargés de l'exécution même du concordat, ils peuvent faire toutes les opérations nécessaires pour atteindre ce but et exercer toutes les actions se rapportant à la faillite (1). Disons de suite qu'à défaut de stipulation formelle, il n'existe dans leur mandat ni indivisibilité, ni solidarité, et il a été décidé, par exemple, que le jugement rendu contre tous les commissaires peut, à défaut d'appel par l'un d'eux, acquérir force de chose jugée à l'égard de celui-ci, malgré l'appel des autres (2).

87. — Parmi les conventions que peut comprendre un concordat se trouve celle par laquelle le failli fait abandon à ses créanciers de tous ses biens. Nous voulons parler du *concordat par abandon*, que nous étudierons plus loin.

L'homologation du concordat conserve à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'hypothèque de l'article 490.

88. — Dès leur entrée en fonctions, les syndics chargés des intérêts de la masse doivent faire tous les actes conservatoires de l'actif, et, entre autres mesures, ils doivent prendre inscription au nom de la masse des créanciers sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'existence. (Art. 490).

(1) Besançon, 28 mars 1855. (Sir., 55, 2, 398).

(2) Rennes, 11 juillet 1870. (Sir., 71, 2, 210).

La transcription, et non pas l'inscription, comme le dit l'article 507, du jugement d'homologation conserve à chacun des créanciers le bénéfice de l'hypothèque de l'article 490. Cette hypothèque est parfaitement rationnelle. On comprend que les créanciers qui étaient nantis de l'actif, qui étaient en possession des immeubles, n'ont pas entendu que ces biens pussent être affectés à de nouveaux créanciers ou vendus à des tiers acquéreurs avant que les conditions sous lesquelles ils ont consenti le concordat n'aient été exécutées.

89. — *Cette hypothèque de l'article 490 existerait-elle alors que la faillite ne se terminerait pas par un concordat ?* La question est controversée. Les partisans de la négative allèguent qu'elle serait sans objet, car elle ne saurait produire ni droit de préférence, puisque, après le dessaisissement, le failli ne peut plus contracter aucune dette nouvelle, ni droit de suite, puisque le débiteur ne peut, pour la même raison, consentir des aliénations.

Certains auteurs nient même l'existence de l'hypothèque de l'article 490. L'inscription prise par les créanciers ne serait, selon eux, qu'un moyen de publication étranger à la réalisation d'un droit hypothécaire.

Nous ne saurions admettre cette opinion. L'hypothèque de l'article 490 peut avoir son application quand la faillite se termine par l'union : elle frappera les biens échus au failli depuis la dissolution de l'union et assurera aux créanciers de la faillite un droit de préférence sur ces immeubles, par rapport aux créanciers postérieurs. Et même pendant le dessaisissement, l'utilité de l'hypothèque résultant de l'inscription prise par les syndics au début de la faillite est indiscutable : si, par exemple, après le jugement déclaratif, il y

a un partage de biens dont le failli est co-propriétaire ; ou si, dans la même période, une succession échoit au failli ; les co-partageants, dans la première espèce, les créanciers et légataires de la succession, dans la seconde, doivent prendre inscription dans un certain délai pour conserver leurs privilèges. (C. civ., art. 2103, 878, 2111.) Si l'inscription est prise par eux dans les délais voulus par la loi, soixante jours ou six mois, depuis le partage ou l'ouverture de la succession, (art. 2109, 2111) leurs privilèges produiront à l'encontre de la masse, leur effet complet ; si, au contraire, leurs privilèges sont inscrits tardivement, ils dégénéreront en hypothèques ; et alors, la masse des créanciers, grâce à l'inscription prise par les syndics en vertu de l'article 490, primeront les co-partageants, les légataires et les créanciers, d'après la règle *prior tempore, potior jure* (1).

Ces diverses hypothèses prouvent d'une manière irréfutable et l'utilité et l'existence de l'hypothèque de l'article 490.

Si ces motifs ne suffisaient pas pour démontrer que l'inscription prise par le syndic au nom de la masse, confère un droit hypothécaire véritable, et sans qu'il y ait lieu de distinguer si la faillite se termine par un concordat ou par l'union, les termes de l'article 517 ne devraient plus laisser de doute sur la question : il porte, en effet, que l'homologation du concordat *conserve* à chacun des créanciers l'hypothèque de l'article 490. Cette rédaction admet donc implicitement et nécessairement l'existence préalable de cette hypothèque.

La transcription du jugement d'homologation vient renforcer l'hypothèque existant au profit de la masse, et fait connaître au

(1) Cass., 29 décembre 1854. (Sir., 59, 1, 209). — Dijon, 5 août 1862 (Sir., 62, 2, 544).

public la nouvelle phase dans laquelle entre cette hypothèque, en fixant le chiffre du dividende au paiement duquel les immeubles du failli sont affectés.

90. — Par l'effet de cette transcription, les créances chirographaires se trouvent converties en créances hypothécaires, et prennent cette qualité vis-à-vis des créanciers postérieurs à l'ouverture de la faillite. Ainsi, dans le cas de seconde faillite, les créanciers de la première seront préférés à ceux de la seconde, et pourront, en vertu de leur droit hypothécaire, se faire utilement colloquer sur les immeubles du failli pour le montant des engagements pris par ce dernier dans le concordat.

91. — Quelle est la nature de cette hypothèque, sur quels biens porte-t-elle ? Selon nous, c'est une hypothèque *légale*. Nous ne saurions admettre l'opinion qui la déclare judiciaire, puisqu'elle ne résulte pas d'un jugement de condamnation (1). (C. civ., art. 2123). Elle porte sur tous les biens présents et à venir du failli, et remonte à la date de la première inscription prise en exécution de l'article 490.

On peut convenir par le concordat, que tout ou partie des immeubles du failli demeureront affranchis de cette hypothèque. (Art. 517, *in fine*.) Dans ce cas, la transcription du jugement d'homologation n'est requise par les syndics, que dans l'arrondissement où se trouvent situés les immeubles soumis à l'hypothèque.

(1) Paris, 27 mai 1865. (Sir., 65, 2, 227.) Alauzet, t. 6, n° 2,698. — *Contra*, Bravard-Veyrières, t. 5, page 309, et Demangeat, *ibid*, page 449, et *note*.

Cette renonciation partielle et même totale n'est pas rare. Comme le fait remarquer avec beaucoup de raison Bravard-Veyrières, l'hypothèque acquise aux créanciers concordataires n'a pas en pratique une grande importance : dans les petites faillites, il n'y a pas le plus souvent d'immeubles ; dans les grandes, il est bien rare que les immeubles ne soient pas, avant le jugement déclaratif, grevés pour des sommes qui en absorbent la valeur (1).

92. — *Le concordat fait-il cesser l'état de faillite à l'égard de la femme, et lui rend-il, par cela même, le plein exercice de son hypothèque légale ?* — L'article 563 du Code de commerce restreint à certains biens l'exercice de l'hypothèque légale de la femme du failli, quand celui-ci était commerçant au jour du mariage ou l'est devenu dans l'année. Le motif de cette disposition légale est facile à saisir ; la loi n'a pas voulu que le mari puisse acquérir des immeubles avec les deniers des créanciers, pour créer ou accroître à leur détriment les garanties hypothécaires de la femme. Celle-ci, en exerçant ses reprises, les aurait dépouillés de leur gage et aurait pu jouir impunément d'une fortune conservée à leurs dépens.

Cette restriction de l'hypothèque légale de la femme suppose essentiellement l'état de faillite ; le concordat, en y mettant fin, rend-il à la femme le droit d'exercer ses reprises sur tous les biens du failli ?

La Cour de cassation a jugé que la réhabilitation pouvait seule

(1) Bravard-Veyrières, page. 450.

aire cesser, vis-à-vis de la femme, l'état de faillite du mari et la restriction de son hypothèque légale. Cette solution est trop rigoureuse et ne nous paraît pas suffisamment justifiée ; de ce que la réhabilitation est nécessaire pour faire disparaître certaines incapacités dont restent frappés les concordataires, il ne s'ensuit pas qu'on doive l'exiger pour rendre à la femme le droit d'exercer ses reprises sur tous les biens de son mari.

En écrivant l'article 563, le législateur n'a eu qu'un but : empêcher le failli et sa femme de voler les créanciers par un concert frauduleux, en permettant à ceux-ci d'exercer leurs droits sur des biens acquis avec leur argent.

Or, dès que le concordat est exécuté, le failli est libéré et les créanciers n'ont plus de droits à exercer contre lui. Où est alors l'utilité d'appliquer l'article 563 ?

Nous croyons donc que si l'obtention du concordat ne suffit pas pour rendre à la femme le plein exercice de son hypothèque légale, l'exécution parfaite du traité produit immédiatement cet effet (1).

SECTION II. — Effets conventionnels.

93. — Le concordat, nous l'avons déjà vu, est exécutoire pour

(1) Cass., déc. 1858. (Sir., 59, 1, 113.) — Demangeat, sur Bravard, t. 5, p. 567. Laroque-Sayssinel, t. 1, n° 855. — *Contra* : Toulouse, 7 avril 1865. (Sir., 65, 2, 212.) — Massé, t. 2, n° 1,350. — Ruben de Couder, v° Concordat, n° 185.

tout ce qui y est stipulé. Les parties peuvent y insérer toutes les conventions qu'elles désirent, avec cette seule condition tout à fait rigoureuse et très importante : c'est qu'elles devront maintenir l'égalité la plus parfaite entre tous les créanciers. Les articles 597 et 598 annulent et punissent correctionnellement tout créancier qui aura stipulé soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite ou qui aurait fait un traité particulier, duquel résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. La sévérité de cette mesure vient de ce que le vote de la majorité entraîne la minorité ; les articles 597 et 598 ont pour but d'empêcher que le failli ne puisse se créer une majorité factice par des avantages faits à certains créanciers et sacrifier ainsi la minorité.

94. — Tout concordat implique des concessions en faveur du failli. Si l'on se bornait simplement à le remettre à la tête de ses affaires, on ne ferait rien d'utile ni pour lui ni pour ses créanciers, car il se trouverait dans une situation aussi embarrassée qu'avant l'ouverture de la faillite et dans l'impossibilité de s'acquitter envers ses créanciers. Ceux-ci doivent donc lui accorder ou des remises sur le montant de leurs créances, ou au moins des délais. La plupart des concordats contiennent des remises de 50 ,75 0/0 et plus; c'est le plus petit nombre qui ne font remise que de 25 0/0. Cependant, il y a des cas, bien rares, où le débiteur ne demande que la remise des intérêts ou du temps pour se libérer. Cela arrive surtout quand l'actif du failli consiste en immeubles ou autres valeurs difficiles à

réaliser et dont on ne peut tirer un bon parti que par des ventes au détail.

95. — Par le concordat, l'obligation civile seule est éteinte. Le failli ne peut plus être poursuivi à raison de la partie remise de ses dettes et, pour cette fraction, on dit assez ordinairement qu'il reste obligé *naturellement* (1). En notre matière, il y a pourtant plus qu'une simple obligation naturelle. En effet, l'obligation naturelle proprement dite est celle dont le paiement est laissé à la conscience de l'obligé; aucune sanction n'existe pour en obtenir l'exécution. Or, une certaine contrainte est admise contre le failli : s'il veut un jour recouvrer la plénitude de ses droits et faire tomber les incapacités dont il est frappé, même après le concordat; s'il veut, en un mot, obtenir la réhabilitation, il doit payer intégralement toutes ses dettes en capital et intérêts. (Art. 604.)

Cette obligation naturelle peut être novée et devenir une obligation civile par la volonté du failli, agissant sciemment et librement. Il faut donc déclarer obligatoire l'engagement pris par un failli qui a recouvré la disposition de ses biens, de désintéresser un créancier de la perte imposée par le concordat, alors que cet engagement, inspiré par la reconnaissance pour un vote favorable, est subordonné à l'accomplissement du concordat vis-à-vis de tous les créanciers et à l'éventualité du rétablissement de sa fortune (2).

(1) Poitiers, 2 juillet 1872. (Sir., 73, 2112).

(2) Rennes, 8 janvier 1872. (D., 73, 2, 14). — Poitiers, 2 juillet 1872. (Sir., 73, 2, 112).

96. — Les conventions intervenues après le concordat en faveur d'un des créanciers ne tombent pas sous l'application de l'article 597, quand l'engagement pris par le failli n'est pas directement la conséquence du vote favorable du créancier, mais a été loyalement et librement pris par le concordataire, obéissant à un sentiment de gratitude, et que du reste il ne porte aucun préjudice à la masse.

97. — Relativement au dividende que le concordataire s'engage à payer, faut-il dire que c'est l'obligation primitive qui subsiste pour partie ; faut-il, au contraire, y voir une obligation nouvelle ! Autrement dit, la première créance est-elle novée ? Nous ne le croyons pas ; il est de principe en notre droit que la novation ne se présume pas. Or, il n'apparaît pas dans le concordat que telle soit l'intention des parties ; les expressions ordinairement employées dans le traité (1) et le texte même de l'article 545 font présumer le contraire. La loi de 1838 a tranché dans cet article la question de savoir si les remises constituaient des libéralités dont profitaient les cautions et s'est prononcée pour la négative. Il faut en conclure que le concordat n'opère pas novation.

Toutefois, la jurisprudence décide avec raison que la prescription trentenaire sera substituée à la prescription quinquennale, quand il s'agit de lettres de change et de billets à ordre. Le motif en est que le concordat n'est autre chose qu'une reconnaissance de dette par

(1) *Manuel des Tribunaux de commerce*, de L. Camberlin, page 800.

acte séparé, ayant pour effet de soumettre le débiteur à la prescription de droit commun (1).

98. — *Les remises accordées par le concordat constituent-elles des libéralités au point de vue du rapport dans les successions ?* Cette question revient à celle-ci : La libération consentie dans le concordat en faveur du failli est-elle à titre gratuit ou à titre onéreux ? A-t-elle le caractère d'une libéralité, ou bien, au contraire, celui d'un sacrifice intéressé ?

La plupart des auteurs qui ont écrit sur le Code civil sont d'avis qu'il y a lieu à rapport. La raison de leur décision est qu'il faut maintenir l'égalité entre les co-héritiers ; la mauvaise administration ou les malheurs d'un enfant ne sont pas, selon eux, des motifs suffisants pour que, au mépris de cette égalité, on lui laisse prendre dans la succession la même part que s'il n'avait rien reçu de son père (2). Ils considèrent donc les remises du concordat comme des libéralités.

D'autres, au contraire, enseignent que le failli ne peut jamais être tenu de rapporter les sommes par lui empruntées. En principe, ils ont raison. Le système opposé repose, en effet, sur une confusion d'idées, sur l'assimilation de la libération partielle consentie par le

(1) Seine, 5 nov. 1867 (J. trib. com., t. 17, 48).

(2) Merlin (Répert., v^o Rapport, § 2, n^o 16). — Duranton, t. VII, n^o 310, — Dalloz, V^o Success., n^o 422.

concordat avec la remise de la dette, confusion favorisée par l'identité des expressions employées dans les deux cas. La remise volontaire et celle résultant du concordat n'ont de commun que le nom ; en réalité, elles sont totalement différentes. Si l'on analyse la formation du concordat : constatation de l'actif et du passif, double majorité de l'article 507, homologation du traité par le tribunal, on ne peut nier que ces formalités ne soient exclusives de toute idée de libéralité ; elles prouvent, au contraire, que la remise résultant du concordat est un sacrifice intéressé, subi par les créanciers qui sont guidés non par le désir de faire une donation au débiteur, *animo donandi*, mais par la volonté de perdre le moins possible, *animo conservandi*. A ces considérations il faut en outre ajouter l'argument de l'article 545, qui ne traite pas les remises du concordat comme des libéralités, au point de vue des cautions.

Au surplus, font remarquer plusieurs auteurs qui enseignent cette opinion, alors même qu'on attribuerait à ces concessions un caractère de libéralité, on ne pourrait en induire l'obligation du rapport. Le rapport n'est dû qu'à la succession du donateur ; or, quel est ici le donateur ? Ce n'est certainement pas le parent dont le failli hérite, mais bien la majorité des créanciers, puisque c'est du vote de cette majorité que dépend le concordat. Le vote du parent du failli est venu se confondre et se perdre, pour ainsi dire, dans le vote collectif de la majorité ; le concordat, voté par elle, n'aurait pas été moins valable, alors même que le *de cuius* ne l'aurait pas consenti.

L'opinion que nous venons d'exposer devra, dans la plupart des cas, être suivie. Nous croyons effectivement que le rapport peut parfois être exigé et qu'une distinction est ici nécessaire. Il faut main-

tenir le système précédent si le parent, dont le failli est successible, est devenu son créancier dans des circonstances ordinaires, comme aurait pu le devenir un étranger, et sans la pensée de faire un sacrifice en sa faveur. Mais si, au contraire, ce parent lui a fait des avances pour soutenir ou essayer de sauver une situation déjà compromise ; si, en agissant ainsi, il était dans la presque certitude de perdre son argent, il faut reconnaître qu'il y avait dès le jour du prêt une libéralité éventuelle au cas de faillite et de concordat, libéralité indirecte si l'on veut, mais non dispensée pour cela du rapport. Il est bien certain que celui qui fait un prêt à son successible ou lui confie des fonds à un moment où la faillite est déjà imminente, consent en sa faveur une donation déguisée qui exige le rapport. Peu importe que, par suite du concordat, le prêteur eut été lui-même non recevable à exiger la portion de la dette remise au failli ; les co-héritiers, quand ils réclament le rapport, ne procèdent pas du chef de leur auteur ; ils agissent en leur nom personnel, en vertu d'un droit propre que leur confère l'article 847 du Code civil.

Mais s'il est établi que le prêteur, en traitant avec son successible, a eu l'intention de faire une affaire, s'il a recherché uniquement un placement avantageux de ses capitaux, une solution tout opposée doit être adoptée.

La jurisprudence est divisée sur cette question. Ainsi, des faillis concordataires ont été condamnés au rapport intégral des sommes par eux reçues, (1) tandis que les dividendes promis par le concordat

(1) Paris, 13 août 1839, (D., 40, 2., 3.) — Paris, 21 décembre 1843, (D., 44, 2, 86.)
Paris, 3 février 1848. (D., 48, 2, 63).

ont été jugés seuls rapportables (1). Toutefois, dans les arrêts de la cour de Paris, indiqués en note, nous trouvons en germe la distinction que nous avons proposée.

99. — *Mais les remises consenties dans le concordat ne sont elles pas au moins sujettes au rapport, à titre de rapport de dettes?* (C. civ., art. 824). Selon les partisans de l'affirmative, on ne peut à la fois soustraire au rapport les remises du concordat, et comme libéralités et comme dettes; s'il n'y a pas donation, il y a forcément créance. On ne peut soutenir que la dette du successible soit absolument éteinte; il en reste débiteur aux yeux de la loi elle-même, puisque cette loi subordonne la réhabilitation et la cessation des incapacités résultant de la faillite au paiement intégral de toutes ses dettes, sans tenir compte des remises du concordat; cette dette doit donc être acquittée quand le failli concordataire peut se libérer, sans être exproprié, par un simple rapport en moins prenant (2).

Nous ne pouvons nous rallier à cette doctrine. En payant les dividendes promis, le failli s'est complètement libéré; il a payé toute sa dette en monnaie de faillite; or, là où il n'y a plus dette il ne peut y avoir rapport. De ce que la dette subsiste à certains égards pour la partie remise par le concordat, il ne s'ensuit pas qu'il y ait lieu au

(1) Cass., 22 août 1843. (*Droit*, 3 octobre 1843). — Cass., 17 avril 1850. (Sir., 50, 1, 510).

(2) Pothier, *Succ.*, ch. 4, art. 2, § 2. — Merlin, *V^o Rapport*, 82, N^o 16. — Duranton, t. VII, N^o 310 — Labbé, *Revue prat.*, t. VII., p. 487.

rapport. Tant que le concordataire n'aura pas payé intégralement ses créanciers, il ne pourra être réhabilité et restera frappé de certaines incapacités ; mais la loi entend le laisser libre de payer ou de ne pas payer ; elle fait de la réhabilitation la récompense d'un paiement volontaire et non d'un paiement forcé. Dans la doctrine que nous repoussons, le paiement a lieu contre la volonté du débiteur ; seulement, on n'a pas besoin de saisie pour l'obtenir. C'est donner à l'obligation imparfaite, qui subsiste après le paiement des dividendes, une force qu'elle n'a pas ; c'est ajouter à la loi.

Et d'ailleurs, dans l'espèce, à quel titre les co-héritiers viendraient-ils demander le rapport ? On ne peut pas dire que les co-héritiers agiront en vertu d'un droit qui leur est propre ; ce principe, vrai quand il s'agit du rapport d'une somme donnée, n'est plus exact quand le rapport a une dette pour objet. Dans ce dernier cas, l'action des co-héritiers est improprement appelée action en rapport ; elle est soumise, du reste, à des règles spéciales ; ainsi pour une donation, les intérêts ou les fruits ne sont rapportables que du jour du décès du donateur, tandis qu'en matière de prêt, les intérêts sont dus à partir du contrat. Dans la première hypothèse, le rapport n'est pas exigé du donataire qui renonce à la succession ; dans la seconde, la répudiation faite par l'héritier ne l'empêche pas de rester débiteur. Il faut donc en conclure que toutes les fois que les héritiers demandent la restitution d'une somme dont l'un d'eux est débiteur envers la succession, ils n'agissent que comme substitués à leur auteur. Par suite, toutes les exceptions dont ce dernier aurait été passible leur sont également opposables : or, le *de cuius* ne pouvant demander un paiement intégral, ses ayants-cause ne sauraient avoir plus de droit que lui.

SECTION III. — De l'exécution du concordat.

100. — Le failli est tenu d'exécuter toutes les clauses de son concordat, de payer aux termes fixés les dividendes par lui promis à ses créanciers. La sanction de ces obligations, outre les voies de contrainte individuelle que chacun des créanciers peut librement employer, se trouve dans le droit de faire résoudre le concordat pour inexécution des conditions. (V. *infra*, chap. III.)

101. — En même temps qu'il doit payer la partie de ses dettes anciennes dont il n'a pas obtenu la remise, le concordataire doit exécuter toutes les obligations qu'il contractera dorénavant dans l'intérêt de son commerce. Il y a même plus: pendant le dessaisissement, le failli a pu valablement contracter des dettes, car il n'était pas frappé d'incapacité; seulement ces dettes n'étaient pas exécutoires sur ses biens pendant la durée de la faillite, à raison de l'indisponibilité qui résultait du dessaisissement. Ce dessaisissement, et par suite, cette indisponibilité venant à disparaître par le concordat, les créanciers avec qui il a traité depuis sa déclaration de faillite, pourront saisir les biens qui en étaient frappés. Toutefois, sur les immeubles du failli, ils seront tenus en respect par l'hypothèque légale au profit de la masse (art. 490 et 517), pourvu que les syndics aient

rempli les formalités voulues et qu'en outre, les créanciers n'y aient pas renoncé dans le concordat. Le plus souvent, cependant, les faillis ne s'engagent pas pendant la durée du dessaisissement, car les créanciers, dans la crainte que le concordat ne puisse être exécuté, n'hésiteraient pas à repousser les propositions de leur débiteur et à se mettre en état d'union.

102. — Le failli concordataire est, pour ainsi dire, le liquidateur de sa fortune, ainsi que le serait le syndic après l'union, mais avec ces deux grandes différences : 1° il ne lui est pas défendu d'engager des opérations nouvelles ; tout au contraire, le concordat lui a été accordé pour lui permettre de recommencer le commerce et dans l'espoir qu'il réalisera sur de nouvelles opérations des bénéfices lui permettant de payer à ses créanciers un dividende au moins égal à celui promis dans le traité ; 2° il n'est pas obligé de réaliser son actif par tous les moyens possibles : il doit le conserver et faire tous ses efforts pour le faire fructifier.

Quant aux répartitions de deniers ou paiements de dividendes que devra faire le concordataire, il faudra appliquer, en général, les règles contenues dans le chapitre V, section 5, et les chapitres VII et X de la loi de 1838 :

1° Les créanciers ne pourront toucher les dividendes, que si leurs créances ont été vérifiées et affirmées.

2° Les articles 542 et suivants devront aussi être suivis, et le créancier qui aura reçu un dividende d'un coobligé du failli, pourra

demander au concordataire le nouveau dividende promis par lui, en le calculant sur la totalité de sa créance. (Art. 542).

3° Les faillites des coobligés n'auront aucun recours les unes contre les autres ; si le montant des dividendes reçus des différentes faillites excède le total de la créance, cet excédant sera dévolu conformément à l'article 543.

4° Le créancier qui aura reçu un paiement partiel d'un coobligé non failli, ne recevra de dividendes sur sa créance que déduction faite de cet à-compte, et conservera ses droits contre la caution pour ce qui lui restera dû. (Art. 544).

5° Les créanciers nantis pourront se payer eux-mêmes sur leurs gages (art. 548) ; et le concordataire pourra retirer les gages en les désintéressant (art. 547) ; les privilégiés généraux seront payés sur les premiers fonds disponibles. (Art. 551).

6° Enfin, les revendications par les tiers s'exerceront conformément aux articles 574 et suivants :

103. — Aucun doute ne s'est élevé sur l'application, après le concordat, des articles que nous venons de citer, car ils ne sont, en matière de faillite, que l'application des principes de droit commun. Mais où la controverse s'est élevée, c'est sur le point de savoir *si le concordataire pourrait invoquer : les nullités des articles 446 et suivants ; la suppression du privilège du vendeur de meubles (art. 550) ; et les restrictions à son droit de revendication (art. 576) ; enfin, les restrictions aux droits du bailleur des lieux occupés par le failli.* (Art. 550 nouveau).

D'après un premier système, le failli pourrait invoquer ces déchéances. Sans avoir égard aux expressions employées par la loi

dans ces articles, et en admettant même que ces nullités n'existent qu'en faveur de la masse, il faudrait décider de même, car si le concordataire ne pouvait les invoquer, il se verrait le plus souvent dans l'impossibilité d'exécuter le concordat. Après le concordat, on peut dire avec raison que l'intérêt de la masse devient celui du failli, qui, pour remplir ses engagements, doit pouvoir faire tomber tous les actes ou paiements que ces créanciers auraient pu attaquer en vertu des articles précités. La négative sera encore moins soutenable si ces déchéances ont été prononcées sur la poursuite des syndics, car il n'y aura plus ce résultat choquant de les voir demander par le failli (1).

Une seconde opinion, et qui nous paraît être la véritable interprétation de la loi, refuse au concordataire le droit d'invoquer ces déchéances. A quel titre, en effet, pourrait-il agir pour les faire prononcer ? Le concordataire n'est ni le représentant légal, ni l'ayant cause de l'ancienne masse ; elle seule pouvait invoquer ces articles faits dans le but de maintenir l'égalité de tous les créanciers devant la faillite et de protéger leurs intérêts, en empêchant certains privilégiés d'absorber tout l'actif du débiteur commun. Les termes de la loi ne sauraient laisser le moindre doute sur ce point. « *Relative-ment à la masse* (446), *à l'égard de la faillite, contre la faillite* » (450), *à la masse* (576), » telles sont les expressions employées dans ces articles.

Mais, disent les partisans de l'opinion contraire, c'est dans l'inté-

(1) Poitiers, 2 mai 1854 (Sir., 58, 1, 705, *et note*) ; Alauzet, t. 6, n° 2703 ; Cass., 24 novembre 1842 (Sir., 42, 1, 80).

rêt même de la masse que ces déchéances seront demandées par le concordataire ! Cette impossibilité d'invoquer ces nullités va nuire aux créanciers, considérés comme masse ! Nous répondons que la masse n'existe plus après le concordat et que, si les nullités dont il s'agit pouvaient profiter indirectement aux créanciers, elles profiteraient d'abord et surtout au failli. Or, il est impossible et immoral de lui laisser le profit d'une nullité fondée sur sa fraude, prouvée ou présumée ; les principes admis de tout temps pour l'action Paulienne s'y opposent. En effet, dans l'hypothèse de l'article 446, qu'a fait le failli ? Débiteur, il a librement payé son créancier, il s'est libéré d'une dette. Or, si ce paiement a été fait ou reçu de mauvaise foi, c'est à la masse des créanciers, qui peut en souffrir, d'apprécier s'il est juste d'user de l'article 446.

Les créanciers n'auront pas à souffrir d'un pareil état de choses ; avertis que le concordataire ne pourra invoquer ces déchéances et ces nullités, ils lui refuseront le concordat s'ils prévoient qu'à raison de la validité de ces actes il ne pourra l'exécuter ; et au fond, il n'y a pas grande pitié à avoir pour ce failli, qui a contrevenu aux dispositions de la loi (1).

104. — Du reste, de ce que le failli ne peut, selon nous, invoquer ces déchéances, ni la nullité des actes passés par lui depuis le dessai-

(1) Req., 10 février 1863. (D., 63, 1, 100). — Req., 15 juillet 1857. (D., 57, 1, 385). — Cass., 30 juillet 1866. (J. P. 66, page 1054). Laroque-Sayssinel, t. 1, n° 884 ; Demangeat, sur Bravard, t. 5, p. 484, note 2. — Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 775.

sissement, il ne s'ensuit pas que les créanciers ne puissent plus en profiter. Les créanciers ont succédé individuellement aux droits de la masse et sont ses ayants-cause ; ce qui le prouve, c'est que l'hypothèque existant d'abord au profit de la masse existe maintenant à leur profit individuel. Pour obtenir le paiement des dividendes promis, ils pourront donc faire prononcer les nullités et les déchéances que la masse aurait pu également poursuivre.

105. — Aux termes des articles 553 et 554 du Code de commerce, lorsque la faillite se termine par l'union, les créanciers hypothécaires ont le droit de concourir proportionnellement à leurs créances aux répartitions des deniers mobiliers, faites avant la distribution des immeubles. Si, plus tard, la vente de leur gage hypothécaire donne un prix suffisant pour les couvrir de leurs créances, ces créanciers ne touchent le montant de leur collocation hypothécaire que sous la déduction des sommes par eux perçues dans la masse chirographaire ; et les sommes ainsi déduites retombent dans la masse chirographaire qui les avait avancées.

Ces articles s'appliqueront-ils après le concordat ? *Le créancier hypothécaire peut-il contraindre le concordataire à lui payer les dividendes échus, avant la vente de l'immeuble qui lui est hypothéqué ? Et dans ce cas, les créanciers hypothécaires devront-ils restituer au concordataire les dividendes qu'ils ont reçus de lui ?*

Pour la négative, on dit que les articles précités ne s'appliquent que dans le cas où la faillite se termine par l'union, que le failli, en prenant des engagements par son concordat, a calculé que ces immeu-

bles devaient tout d'abord servir à éteindre en tout ou partie ses dettes hypothécaires et qu'il n'aurait de dividendes à payer qu'aux créanciers chirographaires. On ajoute enfin que si le failli était obligé de payer des dividendes avant la distribution du prix des immeubles aux créanciers hypothécaires, il éteindrait leurs créances avec les deniers provenant de l'actif mobilier et ferait profiter d'autant la masse hypothécaire au détriment de ses créanciers chirographaires, puisque l'article 554 ne peut recevoir d'application dès que l'état de faillite a cessé (1).

Sans nous préoccuper de savoir s'il s'agit dans la question d'appliquer ou non l'article 553, nous n'hésitons pas à reconnaître au créancier hypothécaire le droit de prendre part aux dividendes distribués avant la vente de l'immeuble sur lequel repose son hypothèque.

Toutes les créances sans distinction devenant, selon nous, exigibles par la faillite, les créanciers hypothécaires ont le droit d'en exiger le paiement tant sur l'actif mobilier que sur l'actif immobilier de leur débiteur.

En effet, tous les biens d'un débiteur sont affectés au paiement de toutes ses dettes. Dès lors, le créancier hypothécaire a tout à la fois l'action réelle et celle personnelle contre son débiteur ; autrement dit, le créancier hypothécaire contient en lui le créancier chirographaire. Il pourra donc prendre part aux distributions de dividendes faites sur l'actif mobilier (2).

(1) Boistel, pag. 778. — Alauzet, N° 2692. — Cass., 25 mai 1864, (D., P., 64, 1, 363).

(2) Geoffroy, pag. 346. — Dalloz, *Jurisp. gén.*, V° *Faillite*, N° 1074.

106. — Reste maintenant la seconde question : *Le créancier hypothécaire a reçu des dividendes; l'immeuble qui lui est affecté est vendu; le montant des dividendes devra-t-il être reversé dans la masse chirographaire ?* — La Cour de Rouen a décidé avec raison que l'article 554 n'est pas applicable dans notre hypothèse : « Les créanciers hypothécaires, dit la Cour, « peuvent prendre « part aux dividendes que distribue le débiteur, parce qu'ils ont, « comme tous les créanciers, droit au gage commun; ces paiements partiels diminuent d'autant leurs créances, de façon que « les créanciers premiers en hypothèque et utilement colloqués « laissent libre, au profit de ceux qui viennent après eux, une « somme égale à celle qu'ils ont reçue au moyen de leurs dividendes. Mais il n'est pas possible, hors le cas de faillite subsistante, « d'appeler les créanciers chirographaires, et moins encore le « débiteur commun, à venir s'interposer entre ceux des créanciers « hypothécaires que ces dividendes ont servi à désintéresser « et les autres créanciers que l'ordre de leur hypothèque appelle « immédiatement après ceux-ci; ce serait, en dehors de la faillite « et dans une situation uniquement régie par la loi civile, « porter atteinte au privilège exclusif que l'hypothèque confère aux « créanciers nantis de cette sûreté jusqu'à leur parfait paiement ou « jusqu'à épuisement de l'immeuble. » (1).

Cette décision peut facilement se justifier; après le concordat la

(1) Rouen, 25 janvier 1855 (D., P., 55, 2, 94). — Demangeat, sur Bravard, p. 557, Note. — Renouard, page 287.

distribution du dividende aux créanciers hypothécaires n'est plus faite, ni reçue à titre d'avance. Elle est un paiement définitif éteignant d'autant la créance. Contraindre les hypothécaires à restituer au failli concordataire les dividendes qu'ils ont reçus de lui, ce ne serait plus protéger la masse chirographaire, qui, d'ailleurs, n'existe plus ; ce serait vouloir enrichir le failli au détriment de ses légitimes créanciers (1).

107. — Ces solutions que nous donnons aux deux questions dont s'agit pourraient avoir une conséquence qui effraie nos adversaires ; elles ont pour résultat d'avantager le créancier hypothécaire inscrit en second ordre.

Empressons-nous donc de dire que, suivant les circonstances, les tribunaux pourront user du bénéfice de l'article 1244 du Code civil et suspendre les poursuites du créancier hypothécaire sur l'actif mobilier du débiteur pendant un délai suffisant pour mettre celui-ci à même de se libérer à l'aide du prix de ces immeubles.

(1) Voir Bédarride, t. III, N° 976 (bis).

APPENDICE AU CHAPITRE DEUXIÈME

DU CONCORDAT AU POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

108. — Tandis que les peuples d'origine et de race diverses ont des lois civiles dissemblables sur bien des points, ils ont pour les affaires commerciales une législation presque uniforme. Si l'on considère que les prescriptions des lois commerciales répondent, dans tous les pays, aux mêmes besoins, et s'inspirent des mêmes motifs, nul ne s'étonnera de cette similitude. C'est ainsi que dans toutes les législations sur la faillite, on retrouve l'institution du concordat.

C'est là un des bénéfices remarquables que le bon sens des commerçants a introduits en faveur du failli ; et les législateurs de la plupart des nations, reconnaissant que l'existence du concordat répond à une nécessité économique, n'ont pas hésité, en présence de ses avantages, à l'insérer dans leurs lois.

109. — En présence de cet état de choses, il nous a paru indispensable, avant de terminer notre étude sur les effets du concordat, de les envisager au point de vue du droit international privé.

110. — Toutes les prescriptions relatives à la formation du concordat, à la réunion des créanciers, à la majorité nécessaire pour son obtention, aux oppositions que l'on peut y former, aux causes d'annulation ou de résolution, ne peuvent donner lieu à aucune difficulté. Elles n'ont d'autre but que de régler la manière de procéder et de garantir l'ordre public ; chaque pays où la faillite a été déclarée aura le droit de les appliquer. La règle *locus regit actum* devra donc être pleinement respectée.

111. — Mais des difficultés sérieuses s'élèvent quand il s'agit de déterminer suivant quelle loi on déterminera la capacité d'un failli étranger pour l'obtention du concordat. Elles ne seront pas moins grandes lorsqu'on voudra connaître les effets d'un concordat passé à l'étranger.

Nous allons successivement étudier les différentes questions qui se rattachent à ces deux points.

112. — *Suivant quelle loi doit être jugée la capacité du failli pour obtenir le concordat ? Est-ce selon sa loi nationale ou d'après celle du lieu où est ouverte la faillite ?* — En principe, la capacité des personnes est régie par les lois de la nation à laquelle elle appartient, et dès lors, dans notre espèce, il faudrait décider que la capacité du failli, quant à l'obtention du concordat, sera déterminée par sa loi nationale.

Cependant, la plupart des auteurs, et entre autres M. Carle (1),

(1) G. Carle, *La faillite dans le droit international privé*, page 104.

par ce motif que les causes d'exclusion du bénéfice du concordat sont fondées sur des motifs de moralité et d'ordre public, décident avec raison qu'il faut ici déroger aux principes généraux. Pour juger si un failli doit ou non être admis à réclamer le bénéfice d'un concordat, il faudra s'en référer aux dispositions de la loi du pays où a été déclarée la faillite.

113. — *Quelle sera en France l'efficacité d'un concordat homologué par un tribunal étranger? Pourra-t-on poursuivre devant les tribunaux français l'homologation de ce concordat? Devra-t-il, pour produire tous ses effets, être rendu exécutoire?* — A l'égard des créanciers qui y ont adhéré, le concordat aura toujours la force de tout contrat; mais la difficulté naît quand il s'agit de déterminer la force du concordat étranger à l'égard des créanciers français qui n'y ont pas adhéré.

Plusieurs systèmes ont été émis sur ces questions, aussi importantes que difficiles à résoudre.

114. — *Premier système.* Suivant un premier système défendu par MM. Massé (1) et Renouard (2), le concordat ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des créanciers nationaux. A leur avis, le concordat, étant un mode spécial de libération établi et imposé par la loi civile, ne peut être opposé qu'à ceux soumis à cette loi par leur nationa-

(1) Massé, t. I, N° 613.

(2) Renouard, t. II, page 65.

lité. (1) Dans le concordat, la loi fait violence à la volonté du créancier, et s'il refuse de faire l'abandon d'une partie de sa créance, la loi y consent pour lui. Pour que ce consentement puisse lui être opposé, il est donc tout naturel que le créancier soit placé sous la puissance de la loi qui l'y oblige. Il n'en résulte pas pour cela que le créancier étranger puisse exiger en France, où le concordat a été formé, plus de droits que les créanciers français ; mais si cet étranger assigne devant ses tribunaux nationaux son débiteur, ce dernier ne pourra lui opposer le concordat fait en France. De même, le failli étranger, qui a obtenu dans son pays un concordat, ne pourra s'appuyer sur ce concordat pour repousser en France les poursuites que les créanciers français exerceront contre lui.

Selon les mêmes auteurs, les tribunaux français ne pourraient homologuer un concordat étranger, ni le rendre exécutoire : ils ne peuvent l'homologuer parce que l'homologation d'un concordat est un acte judiciaire de la compétence du juge de la faillite, qui en a suivi et surveillé les opérations. La loi ne donne aux juges le pouvoir d'accorder ou de refuser leur sanction au concordat que parce qu'ils connaissent parfaitement la moralité et la situation d'une faillite ouverte, instruite devant eux sous la surveillance d'un juge auprès duquel ils peuvent prendre tous les renseignements nécessaires. La production d'un concordat étranger ne saurait suppléer aux mille précautions que prend la loi française pour sauvegarder les intérêts de tous les créanciers et pallier la violence imposée à la minorité par le concordat.

(1) Paris, 25 février 1825, (D., P., 25, 2, 207). — Paris, 3 mai 1858 (J. Trib. Comm., t. 7, 362).

Poussant leur manière de voir jusque dans ses extrêmes limites, les partisans de ce système ajoutent que, bien que le concordat ait été homologué à l'étranger, il ne peut pas être rendu exécutoire en France. Et voici comment ils raisonnent : On comprend qu'un tribunal français puisse rendre exécutoire un jugement étranger, parce qu'une condamnation prononcée par un juge compétent est exécutoire partout où l'autorité publique consent à la sanctionner et à lui prêter son appui ; mais ici, le tribunal étranger, en homologuant le concordat, n'a pas décidé d'un différend existant entre deux parties ; il a fait simplement un acte de tutelle destiné seulement à élever une convention particulière à la hauteur d'un acte public et à la rendre opposable à ceux qui n'y ont point participé ou qui n'y ont pas adhéré. Cet acte de tutelle et la convention qui s'y rapporte ne font qu'un ; on ne peut l'opposer qu'à ceux qui ont été parties dans la convention ou à ceux que la loi locale répute y avoir été parties. Par suite, la loi qui déclare le concordat obligatoire pour tous ne produisant d'effets qu'à l'égard des nationaux, la formalité de l'*exequatur* ne peut créer contre les étrangers un droit qui ne résulte pas du concordat lui-même.

En conséquence, d'après MM. Renouard et Massé, le concordat ne sera obligatoire pour les créanciers étrangers que lorsqu'ils y auront adhéré, cas auquel il vaudra à leur égard comme toute convention.

115. — *Deuxième système.* Un système tout opposé a été soutenu sur les questions qui nous occupent actuellement.

Le concordat passé à l'étranger n'est pas, par lui-même, opposable aux créanciers français dissidents, mais il le deviendra ou par

l'homologation, ou par l'*exequatur*, qui pourra être demandé aux tribunaux français et accordé par eux (1).

D'après les partisans de ce système, refuser d'homologuer ou de rendre exécutoire un concordat passé à l'étranger serait créer une situation des plus défavorables pour tous les créanciers ; ce serait vouloir qu'il y eût deux concordats dans une même faillite, et que telle faillite, terminée par un concordat à l'étranger, fût soumise en France au régime de l'union.

D'ailleurs, où est le texte qui défend aux tribunaux français de rendre obligatoire pour tous, soit par l'homologation, soit par l'*exequatur*, le concordat conclu à l'étranger ? Rejeter cette solution, c'est renverser tous les principes admis en matière de jugements étrangers et de contrats conclus hors de France. Que l'on ne vienne pas objecter que les magistrats français, n'ayant pu surveiller les diverses phases d'une faillite suivie à l'étranger, ne peuvent juger en connaissance de cause, car ce raisonnement pourrait être fait aussi à l'égard de toute autre espèce de jugements.

Le concordat étranger pourra donc devenir opposable à tous les créanciers français par l'homologation ou l'*exequatur* obtenu devant les tribunaux de France.

116. — *Troisième système.* Une troisième opinion a été formulée par M. Rocco (2).

(1) Voy. en ce sens : Lainné (*Comment. de la loi de 1838*, p. 225) ; Fœlix, edit. Demangeat, (2, 2, p. 110) ; Dalloz, v° *Faillite*, n° 777 ; Alauzet, t. 6, n° 2696.

(2) *Diritto civile internat.*, p. 371.

Cet auteur, admettant que la faillite est régie par un statut réel, en conclut que le concordat oblige tous les créanciers tant nationaux qu'étrangers, mais seulement quant aux biens qui se trouvent dans l'Etat où a été formé le concordat. Pour pouvoir en opposer les clauses quant aux biens situés à l'étranger, il faudra le faire rendre exécutoire par le tribunal étranger.

117. — Tels sont les différents systèmes qui se sont produits sur la validité d'un concordat passé à l'étranger.

Nous ne saurions admettre le premier, qui conduit à des résultats inconciliables avec le principe de l'universalité de la faillite, principe que nous adoptons entièrement ; il met le failli étranger dans l'obligation de faire déclarer sa faillite en France, et alors, comme nous l'avons déjà dit, la faillite déclarée à l'étranger pourra se terminer par un concordat alors que les créanciers français se déclareront en état d'union ! Les créanciers n'auront-ils pas à souffrir eux-mêmes d'une pareille situation ? Ne serait-il pas plus profitable pour tous de rendre le concordat obligatoire, sans exception, tant à l'égard de tous les biens qu'à l'égard de tous les créanciers ?

Nous repoussons également les deux autres opinions que nous avons fait connaître et qui arrivent, en pratique, à des résultats identiques. En effet, tant que le concordat passé à l'étranger n'aura pas été homologué ou rendu exécutoire par les tribunaux français, les créanciers français conserveront la plénitude de leurs droits sur les biens situés en France et le failli ne pourra leur opposer le concordat que relativement à ceux situés à l'étranger.

118. — Les conséquences de cette situation sont inadmissibles.

Comme le fait très justement remarquer M. Carle (1), la restriction que les créanciers étrangers seront obligés de subir sur les biens situés dans l'Etat où le concordat a été formé sera illusoire s'ils conservent la plénitude de leurs droits sur les biens situés hors de cet Etat. Que feront-ils, en effet ? Avant l'homologation et l'*exequatur* du concordat, ils s'empresseront d'agir individuellement contre le failli et de faire vendre à leur profit les biens qu'il possède dans leur pays.

Il est donc nécessaire que le concordat soit obligatoire pour tous les créanciers et relativement à tous les biens, sans avoir égard à leur situation, et mette obstacle à l'exercice des actions individuelles de chaque créancier contre le débiteur commun. Mais pourra-t-on atteindre ce but soit en faisant homologuer le concordat en France, soit en le faisant rendre exécutoire s'il a déjà été homologué à l'étranger ?

119. — Sur la première question, nous répondrons sans hésiter d'une manière négative. Les tribunaux français ne sont pas compétents pour homologuer un concordat étranger ; et pour en décider ainsi, nous nous appuyons sur les motifs donnés par M. Massé, motifs que nous avons fait connaître. (Voir *suprà*, n° 114).

120. — Le second point est plus difficile à résoudre, et la raison de douter vient de ce que l'homologation d'un concordat, que l'on veut

(1) *La Faillite dans le droit international privé*, page 107.

bien appeler jugement d'homologation, n'est en réalité qu'un acte de tutelle dont le but est, nous le savons, d'imposer à la minorité des créanciers la décision prise par la majorité.

A l'égard des créanciers qui ont adhéré au concordat, l'*exequatur* n'est assurément pas nécessaire et le concordat pourra leur être opposé comme tout contrat. Mais que décider à l'égard des créanciers dissidents ?

A première vue, l'opinion de M. Massé paraît acceptable : comment une homologation étrangère pourrait-elle lier des créanciers français qui n'ont pas consenti au concordat ?

Nous pensons cependant le contraire et nous croyons que le concordat conclu et homologué dans le pays où la faillite a été déclarée est opposable sans *exequatur* en tout pays à tous les créanciers, quelle que soit leur nationalité.

Notre décision n'est que la conséquence de l'autorité de la chose jugée que nous reconnaissons en principe, en tous pays, à tous les jugements et, dans notre matière, au jugement étranger par lequel le concordat a été homologué.

En matière de faillite surtout, il est fait dérogation à la règle *res inter alios judicata aliis neque nocet, neque prodest*, tous les jugements produisant leurs effets d'une manière absolue envers et contre tous. Les raisons qui font admettre cette désignation aux principes régissant l'autorité de la chose jugée, habituellement restreinte aux parties litigantes, sont tirées de la nature même de la faillite et de cette nécessité qui, selon nous, s'impose, de régler en une seule fois la situation du failli à l'égard de tous les créanciers sans exception.

Mais, hâtons-nous de le dire, le jugement d'homologation ne sera

opposable à tous sans *exequatur*, que par voie d'exception. Si l'on entendait s'en prévaloir pour procéder à des actes d'exécution tels que la saisie et la vente de biens, l'*exequatur* du jugement d'homologation et même du jugement déclaratif de faillite devrait être obtenu, car l'exécution du jugement d'homologation n'est que la suite, la conséquence, de celui qu'a déclaré la faillite.

La doctrine que nous exposons est celle qui répond le mieux aux besoins du commerce, à l'intérêt de tous les créanciers. La célérité que réclame la liquidation de la faillite s'en trouve accrue sans que les intérêts de personne n'aient à souffrir.

CHAPITRE TROISIÈME

ANNULATION ET RÉSOLUTION DU CONCORDAT

121. — Les causes d'annulation et de résolution du concordat font dans la loi de 1838 l'objet d'un paragraphe nouveau. Outre les cas d'annulation et de résolution, ce paragraphe prévoit et règle l'hypothèse d'une seconde faillite.

Les deux modes de révocation du concordat que nous venons de faire connaître, diffèrent tant par les causes qui y donnent naissance que par leurs effets, soit à l'égard des créanciers, soit à l'égard du failli et des cautions qui ont garanti l'exécution du concordat. Toutefois, ils ont tous deux pour conséquence de faire revivre l'état de faillite et de rendre nécessaire une nouvelle procédure qui leur est commune à l'un et à l'autre.

Nous étudierons d'abord le cas d'annulation, ensuite celui de résolution du concordat, et nous examinerons, pour terminer, l'hypothèse de seconde faillite.

SECTION I. — De l'annulation du concordat.

122. — L'ancien texte du Code avait gardé le silence le plus complet sur l'annulation et la résolution du concordat. On en avait tiré

la conséquence que le concordat, une fois homologué, ne pouvait être ni annulé, ni résolu et que, par suite, la faillite, terminée par le traité, ne pouvait revivre. De plus, les formes solennelles auxquelles le concordat est soumis, l'autorité qu'il emprunte au jugement d'homologation ayant acquis la force de la chose jugée, semblaient en exiger la stabilité et exclure toute action en nullité ou en résolution.

En présence de ces considérations, qui ne manquaient pas de gravité, le premier projet du Gouvernement ne permettait aucune action en nullité du concordat. Renouard justifiait cette règle absolue en disant : « On ne peut laisser tout remettre en question lorsque tout
« paraît définitivement consommé. Les intéressés ont été suffisam-
« ment avertis, depuis le commencement de la faillite, de veiller à
« leurs droits. Lorsque le concordat a réglé tous les intérêts, le sort
« de chacun doit enfin être assuré. »

La commission de la Chambre des pairs proposa, mais inutilement, d'admettre l'action en nullité pour cause de dol découvert depuis l'homologation. Le Gouvernement, dans le second projet, maintint la règle déjà posée par lui, en ajoutant que les créanciers pourraient recourir à la plainte et à la poursuite en banqueroute frauduleuse. Mais la seconde commission de la Chambre des pairs fit observer avec raison que ce recours n'était pas efficace et laissait peu d'espoir aux intéressés de faire annuler un traité nuisible à leurs intérêts ; qu'il fallait reconnaître aux créanciers le droit de préférer à la voie de la plainte en banqueroute frauduleuse l'exercice séparé de l'action civile. Ils ne poursuivent, en effet, qu'une réparation pécuniaire ; leur but, c'est de faire tomber une convention que les manœuvres frauduleuses du failli leur ont fait accepter.

123. — Enfin, M. Girod (de l'Ain) présenta un amendement que le Gouvernement accepta et qui est devenu l'article 518 de la loi.

Cet article pose en règle générale qu'aucune action en nullité n'est recevable après l'homologation du concordat. A cette règle il n'admet qu'une exception, pour le cas où le concordat est vicié dans ses bases, par la dissimulation de l'actif ou par l'exagération du passif. (Art. 518.) En limitant ainsi les voies de recours contre le concordat, on a voulu empêcher la minorité dissidente de renouveler le débat terminé par le vote de la majorité et par l'homologation du tribunal. Vainement un créancier, pour faire triompher sa demande, argumenterait-il d'un prétendu dol du débiteur, s'il ne prouve en même temps que ce dol résulte de la dissimulation de l'actif ou de l'exagération du passif.

123 (*bis*). — C'est à tort que l'article 518 emploie l'expression *dol*, car il ne s'agit pas là d'un dol proprement dit, mais d'un genre particulier de fraude qui constitue le crime de banqueroute frauduleuse et peut donner lieu à une poursuite criminelle en même temps qu'à une action en nullité du concordat. (Art. 520 et 591.) Si l'action intentée par le ministère public aboutit à une condamnation, le concordat ne peut subsister et est annulé de plein droit. La preuve d'honorabilité qui résulte presque toujours de l'obtention du concordat, doit être refusée au banqueroutier frauduleux ; l'ordre public l'exige.

124. — Le concordat étant obligatoire pour tous, il en résulte que l'action en nullité autorisée par l'article 518 appartient à tous les créanciers : à ceux qui ont adhéré au concordat comme à ceux

qui s'y sont opposés ou qui n'y ont point concouru ; elle peut être intentée aussi par les créanciers dont la créance n'aurait été reconnue qu'après la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation, ou même postérieurement à l'homologation du concordat.

La demande en nullité sera dirigée contre le syndic.

125. — Devant quelle juridiction cette action sera-t-elle portée ? Sera-ce devant la juridiction civile ou la juridiction commerciale ? Tout d'abord, on pourrait hésiter ; et, considérant que le jugement d'homologation a mis fin à l'état de faillite et a fait cesser la compétence exceptionnelle qui en résulte, on serait tenté d'attribuer l'examen de la demande en nullité aux tribunaux civils. Mais la loi s'est prononcée avec raison pour la compétence des tribunaux de commerce : la juridiction commerciale procède avec plus de célérité et d'économie, et le tribunal qui a déjà suivi la marche de la faillite, en a jugé tous les incidents, prononcera avec plus de connaissance de cause. En outre, le juge-commissaire et le syndic fourniront aux magistrats des renseignements utiles sur la question à résoudre et éclaireront sa décision. D'ailleurs, une raison spéciale et déterminante devait faire préférer, en cette matière, les juges du commerce aux juges civils ; cette raison est que l'annulation du concordat implique certaines mesures qui doivent être prises immédiatement et que le tribunal de commerce peut seul prendre. Si l'on avait porté l'action en nullité devant le tribunal civil, il aurait fallu revenir immédiatement devant le tribunal de commerce. C'eût été perdre inutilement un temps précieux aux intérêts de tous.

126. — Le jugement qui prononce l'annulation du concordat est

certainement susceptible d'appel, conformément au droit commun ; mais, par analogie de ce que la loi décide au sujet du jugement déclaratif de faillite, il est exécutoire par provision. (Art. 440 *in fine*).

127. — La loi commerciale est muette sur la durée de l'action en nullité du concordat. Il faut donc appliquer ici l'article 1304 du Code civil, qui limite la durée des actions en nullité à dix ans, à partir du jour où le dol a été découvert.

128. — Examinons maintenant quels seront les effets de l'annulation du concordat. Nous avons à étudier ici les mesures et les formalités qui résultent de cette annulation ainsi que les droits des divers intéressés.

L'annulation détruit le concordat et replace le failli sous le coup du dessaisissement ; la faillite renaît. Aussi, sur le vu de l'arrêt de condamnation pour banqueroute frauduleuse ou par le jugement qui prononce l'annulation du concordat, le tribunal de commerce nomme un juge-commissaire, un ou plusieurs syndics qui reçoivent les comptes des commissaires à l'exécution du concordat, s'il en a été nommé. (Art. 522.) Ces mesures ont pour but de reconstituer l'administration de la faillite.

129. — Quant aux formalités, il n'y a pas lieu de renouveler toutes celles déjà remplies. Après apposition des scellés, on se bornera à faire, avec l'assistance du juge de paix, le recatement des valeurs, actions et papiers, un supplément d'inventaire, la vérification des créances nouvelles et un supplément de bilan. Quant aux

créances déjà vérifiées et affirmées, on les rejettera ou on les réduira si elles ont été payées en tout ou en partie. (Art. 523).

Le syndic devra inviter, par voie d'affiches et insertions dans les journaux, les créanciers nouveaux à se présenter, dans le délai de vingt jours, pour faire vérifier leurs titres. Cette invitation sera faite aussi par lettres du greffier, conformément aux articles 492 et 493. La loi n'admet pas ici que ce délai soit prolongé à raison des distances. Passé ce délai, on procède sans retard à la vérification des titres nouveaux.

130. — Etudions maintenant les effets de l'annulation quant aux droits des intéressés.

Comme l'explique avec beaucoup de clarté Bravard-Veyrières (1), le législateur a fait dans l'article 526, qui règle cette situation, l'application de deux principes :

Le principe qu'un traité, nul dans sa cause, vicié dans son essence, ne peut produire aucun effet *inter partes*, s'appliquera dans les rapports des créanciers concordataires et du failli. Ces créanciers rentreront dans l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli *seulement* ; celui-ci ne pourra profiter des remises qui lui avaient été faites dans le concordat, et redeviendra débiteur de la totalité de son passif. Toutefois, les sommes reçues à titre de dividendes par un créancier concordataire, sont considérées comme des paiements partiels et éteignent la créance jusqu'à concurrence de ce que le créancier aura effectivement reçu.

(1) *Traité des faillites*, p. 458.

A l'égard des créanciers nouveaux, on appliquera le principe que la bonne foi, quand elle repose sur une erreur invincible, doit être respectée, et que ce qui a été fait sous l'empire de cette erreur doit être maintenu. C'est, en effet, une règle de notre droit, que le dol dont une personne s'est rendue coupable peut bien nuire à cette personne, à ses ayants-cause à titre universel ou à titre gratuit, mais que celui qui a été victime du dol ne peut s'en prévaloir contre les tiers. Or, les tiers qui ont traité avec le failli rétabli par le concordat à la tête de ses affaires, ne pouvaient deviner qu'il existait des faits susceptibles d'entraîner l'annulation du traité. Ils ont vu en lui un homme qui jouissait de la plénitude de ses droits et que ses créanciers eux-mêmes avaient jugé digne de la faveur du concordat. Dès lors, il est juste de les mettre à l'abri de toute atteinte quand ils ont été de bonne foi.

131. — Par application de ces idées, lorsqu'il s'agira de déterminer la somme pour laquelle les créanciers postérieurs au traité et les créanciers concordataires viendront à la faillite reconstituée, on considérera le concordat comme subsistant et comme faisant loi entre eux. Les dividendes reçus par les créanciers concordataires conserveront leur caractère de dividende, et ces derniers ne pourront plus, dès lors, figurer dans la faillite que pour la partie de leurs créances qui n'aura pas été éteinte par les dividendes.

Ainsi, un créancier a figuré pour 100,000 francs au premier concordat par lequel le failli promettait 50 %. Ce créancier a touché 25,000 francs de dividendes. Le concordat est résolu : à l'égard du failli, il est encore créancier de 75,000 francs ; à l'égard des créan-

ciers nouveaux, il ne lui est dû que 50,000 francs, puisque les dividendes par lui reçus ont éteint la moitié de sa créance primitive.

En résumé, en tant qu'il a été exécuté, le concordat est maintenu dans l'intérêt des créanciers postérieurs ; les créanciers concordataires, qui ont eu le tort de le voter, le subiront jusqu'à concurrence des dividendes qu'ils ont touchés. Mais, quant aux dividendes simplement promis, comme le concordat est annulé et ne peut s'exécuter, la réduction est sans cause pour la partie de leurs créances à laquelle correspondent les dividendes non payés.

132. — Sous le Code de 1808, les anciens créanciers étaient sacrifiés aux nouveaux, car le concordat était toujours maintenu vis-à-vis de ces derniers, de telle sorte que si le concordat contenait une remise de 75 %, un créancier de 12,000 fr. qui n'avait reçu aucun dividende, ne pouvait se présenter, après l'annulation du concordat, que comme créancier de 3,000 fr. Une telle combinaison blessait l'équité. La remise n'est consentie par les créanciers qu'en vue et à la condition du paiement partiel qui leur est promis. S'ils ont reçu une partie de leur dividende, qu'une part correspondante de leur créance première se trouve éteinte, rien de plus juste ; mais toute la part de cette créance correspondant au dividende qui leur a été promis et qui ne leur a pas été payé, doit revivre à leur profit.

133. — Si l'annulation du concordat ne doit nullement porter atteinte aux droits des créanciers qui ont traité de bonne foi avec le failli concordataire, il est juste, par contre, de pouvoir attaquer les actes faits en fraude des créanciers. Les actes du failli consentis au

préjudice de l'exécution du concordat, et à plus forte raison les dispositions à titre gratuit, les paiements anticipés se trouveront atteints par la présomption que les droits garantis aux créanciers par le concordat ont été fraudés. Pour vérifier si l'acte est entaché de fraude, on recherchera si en y participant et en se prétendant créancier, le tiers a nui au cours sincère et régulier des opérations de la faillite préexistante et s'il a contribué à paralyser l'exécution du concordat, à en amener l'annulation, et à faire rouvrir la faillite.

SECTION II. — De la résolution du concordat.

134. — Le concordat, comme tout contrat, tout traité synallagmatique, peut être *résolu* en cas d'inexécution par le failli des obligations qui lui étaient imposées. L'article 520 du Code de commerce n'est ici qu'une application de l'article 1184 du Code civil. Les remises consenties par le concordat sont, en effet, sans cause si le failli n'exécute pas les obligations qu'il a prises dans le traité.

Si le failli ou ses héritiers refusent de payer les dividendes promis, si même, par une réalisation de tout son actif à vil prix, il se met dans l'impossibilité de satisfaire à ses engagements, les tribunaux devront prononcer la résolution du concordat.

135. — Bien que le failli concordataire soit en retard de payer un second dividende, nous n'hésitons pas à penser que les tribunaux

puissent appliquer l'article 1244 du Code civil et, en conséquence, accorder au débiteur des délais modérés. Nous croyons aussi que le concordataire peut faire cesser les effets de la résolution en satisfaisant le demandeur, tant qu'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée n'a pas définitivement prononcé.

136. — La résolution du concordat n'a pas lieu de plein droit, pas plus que dans les contrats ordinaires, car le législateur de 1838 n'a pas dérogé aux règles établies à cet égard en matière de contrats synallagmatiques ; elle devra être prononcée par les tribunaux (Cod. civ., art. 1184.) Plusieurs raisons exigent qu'il en soit ainsi : la résolution du concordat ne libérant pas les cautions, l'intervention de la justice est une garantie pour elles qu'il y a réellement inexécution du traité et qu'il est nécessaire de soumettre à nouveau l'actif du débiteur au régime de la faillite. En outre, il faut absolument ne pas laisser un seul instant, à l'abandon, les affaires du failli et faire procéder, par la justice, à la nomination immédiate du juge-commissaire et des syndics.

137. — Par qui la demande en résolution pourra-t-elle être intentée ? En principe, la résolution d'un traité, d'un contrat ne peut être demandée que par une des parties contractantes. Or, dans le concordat, les parties sont le failli et la majorité des créanciers ; il paraîtrait donc tout naturel que la résolution ne put être provoquée que par cette majorité.

Ce système fut admis par la Chambre des pairs, mais repoussé par la Chambre des députés, et, après de longues discussions, on supprima la disposition exigeant que la poursuite en résolution fût

formée à la requête de la majorité des créanciers tant en nombre qu'en somme. M. Quénault, rapporteur de la commission de la Chambre des députés, justifia ainsi cette suppression : « Après le « concordat formé, il n'existe plus de massé, plus de communauté, « plus de majorité, plus de minorité, plus de droits collectifs ; cha- « cun peut poursuivre l'exercice de ses droits individuels par tous « les moyens qui lui restent en vertu du concordat ; la majorité « serait souvent impossible à retrouver s'il s'est écoulé, par exemple, « plusieurs années depuis la formation du concordat ; ce serait sou- « mettre à une condition impossible la résiliation qu'il importe de « prononcer. » (1). En outre, refuser à chaque créancier le droit de demander la résolution du concordat, ce serait fournir au failli le moyen de se jouer de la minorité de ses créanciers, en désintéressant la majorité.

Chaque créancier pourra faire tomber le concordat inexécuté par le failli ; la résolution produira ses effets, fera revivre la faillite à l'égard de tous les créanciers non payés de leurs dividendes. Effectivement, la résolution ne pourrait pas être invoquée par ceux des créanciers qui ont touché l'intégralité de leur dividende, et l'on ne pourrait la leur opposer : ces créanciers, en recevant le paiement de leur dividende ont irrévocablement perdu cette qualité ; le failli est complètement libéré à leur égard.

138. — Il ressort, selon nous, de tout ce qui précède, que la résolution du concordat ne peut jamais être prononcée que par le juge ;

(1) Voyez Renouard, t. 2, p. 101.

nous considérons comme nulle la clause d'après laquelle le défaut d'exécution du traité par le concordataire entraînerait de plein droit la résiliation du traité. S'il n'est pas indispensable que le failli soit mis en demeure à l'égard de tous pour poursuivre et faire prononcer la résolution, il est juste et équitable que la justice soit consultée pour sauvegarder les intérêts de tous les intéressés. La Cour de Paris a néanmoins décidé à tort le contraire (1). De sa théorie il résulte que l'actif reste entre les mains du failli tant que les mesures prescrites par l'article 522 n'ont pas été prises ; or, c'est là une conséquence qui aura de graves inconvénients et que l'esprit de la loi ne permet pas d'accepter. De deux choses l'une : ou le concordat subsiste et laisse au failli l'administration de ses biens, ou le concordat est résolu, et immédiatement le failli doit être dessaisi.

139. — Pour les raisons que nous avons déjà exposées en parlant de l'annulation, la demande en résolution du concordat devra être portée devant la juridiction commerciale ; ce sera le tribunal de la faillite qui connaîtra de la demande. (Art. 520). Elle sera formée par voie d'assignation donnée au failli et aux cautions, car la résolution atteint, comme nous le verrons, les cautions en les laissant responsables de l'exécution du traité.

140. — A la différence de l'annulation, qui ne peut être demandée que pendant dix ans, la résolution du concordat pourra être pour-

(1) Paris, 11 août 1843. (Sir., 43, 2, 546).

suivie pendant trente ans. La loi n'ayant fixé ici aucun délai, il faut appliquer le droit commun ; or, l'exécution peut être exigée pendant trente ans ; par suite, l'action en résolution peut être intentée pendant ce même laps de temps.

Sur ce point tous les auteurs sont d'accord ; mais ils se divisent sur le point de départ des trente ans ? Renouard veut les faire courir du jour de l'homologation du concordat (1). Nous ne pouvons comprendre et admettre une pareille décision : l'échéance des dividendes est forcément postérieure à l'homologation, et l'action en résolution ne peut s'ouvrir que du jour où ces dividendes sont impayés, c'est-à-dire du jour de l'échéance. Comment alors l'opinion de Renouard peut-elle se justifier, quand elle a pour résultat de faire courir la prescription contre une action qui n'est pas née !

Nous croyons, au contraire, que les trente ans courent du jour de l'échéance des engagements pris par le concordataire. (Code civ., art. 2257). S'il y a plusieurs échéances, le délai partira de la première. Toutefois, s'il y en a deux et que trente ans se soient écoulés depuis la première, mais non pas depuis la seconde, les créanciers pourront encore demander la résolution du concordat ; mais ils seront considérés avoir reçu le dividende dont le paiement devait avoir lieu à la première échéance.

141. — Les effets de la résolution du concordat sont presque tous les mêmes que ceux produits par l'annulation :

1^o Les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs droits contre le

(1) V. Renouard, t. 2, pag. 104.

failli ; l'état de faillite renaît et le débiteur est à nouveau dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens. (526, 1^{er} alinéa).

2° Les actes faits par le failli depuis le paiement d'homologation avec les tiers de bonne foi sont valables. (525).

3° Tous les créanciers postérieurs à la faillite viendront à la masse pour l'intégralité de leurs créances ; les créanciers concordataires n'y viendront que pour la partie de leurs créances non éteinte par le paiement d'un dividende. (Voir ci-dessus, n° 130 et suiv.).

142. — Sur deux points cependant les effets de la résolution diffèrent de ceux de l'annulation :

1° La résolution ne rend pas le failli indigne d'un nouveau concordat. (Art. 524). Les créanciers pourront, s'ils le jugent convenable, lui en accorder un second. Il y aurait eu trop de rigueur à refuser au failli le bénéfice d'un nouveau concordat ; l'intérêt des créanciers aurait souvent pu en souffrir : ce sera à eux, avertis par une première inexécution, à s'entourer de garanties plus fortes. L'inexécution a pu d'ailleurs être excusable ; le failli peut avoir, sans mauvaise foi, trop préjugé de ses forces, évalué son actif à un trop haut prix. Un nouveau concordat fait sur des conditions moins dures et entouré de meilleures garanties pourra être plus facilement exécuté que le premier. Il était donc juste de laisser aux créanciers la liberté de faire ce qui leur plairait.

143. — *Un second concordat possible au cas de réstitution, le sera-t-il également au cas d'annulation ?* — La question ne saurait être douteuse quand l'annulation résulte d'une condamnation en

banqueroute frauduleuse. L'impossibilité d'un concordat nouveau résulte de l'article 510. Mais que décider quand l'annulation a été prononcée pour dol par le tribunal de commerce ? Selon nous, un nouveau concordat pourra être formé. La prohibition d'un concordat ne résulte, sous la loi actuelle, que de la banqueroute frauduleuse, judiciairement constatée par un arrêt de la cour d'assises. Si aucune poursuite criminelle n'est intentée ni par le ministère public, ni par les créanciers, le failli qui n'est pas banqueroutier frauduleux, ne doit pas être traité comme tel.

Au surplus, notre décision ne saurait avoir de graves conséquences, puisque l'article 515 prescrit aux tribunaux de commerce de refuser l'homologation lorsque des motifs tirés de l'intérêt public paraîtront de nature à empêcher le concordat.

144. — 2° L'annulation libère les cautions, tandis que la résolution n'empêche pas qu'elles restent obligées. La résolution résulte, en effet, de faits postérieurs au concordat et qui ont dû être prévus par tous ; c'est même dans cette prévision que les cautions ont été exigées. Au contraire, quand le concordat est annulé, l'engagement de la caution n'a plus de cause, puisque la cause de leur intervention, l'existence d'un concordat, tombe avec l'annulation. Admettre que le failli puisse libérer ses cautions par l'inexécution du traité qui donne ouverture à l'action en résolution, ce serait ouvrir la porte à des collusions entre les cautions et le failli. Il est donc juste qu'elles restent tenues dans ce cas, pourvu que, sur la demande en résolution, elles aient été appelées, comme le failli, à proposer leurs moyens de défense.

M. Tripier, rapporteur de la commission de la Chambre des pairs, demandait au contraire, que les cautions fussent libérées dans les deux cas de résolution et d'annulation : « La caution n'étant pas engagée
« avant le concordat, disait-il, la résiliation anéantit son engagement.
« Il n'existe même plus de base à cet engagement. La caution n'a pas
« garanti les créances originaires et les titres primitifs : elle a cautionné seulement les dividendes promis par le concordat, qui
« s'évanouissent avec le titre qui les avait créés. Il n'y a pas lieu de
« craindre les collusions entre les faillis et les cautions pour procurer à celles-ci leur libération par l'inexécution du concordat ; car,
« les débiteurs et leurs cautions ne peuvent provoquer sa résolution.
« Cette faculté n'appartient qu'aux créanciers qui, s'ils ont foi dans
« la solvabilité des cautions, ne demanderont pas la résolution et
« préféreront les poursuivre. » (1).

Malgré ces raisons, dont il ne faut pas se dissimuler la gravité, la distinction de l'article 520 fut votée. Les paroles de M. Vincens entraînèrent la Chambre dans cette occasion : « Les créanciers, dit-il, ont traité avec un homme dont la solvabilité peut à bon droit
« être contestée. Ils abandonnent leur gage parce qu'une caution
« garantit les dividendes auxquels ils vont se réduire : eh bien, dans
« ce cas, la caution, quoiqu'elle sache bien quel est l'état d'impuissance du débiteur, sait bien aussi qu'elle a contracté une obligation
« aussi directe que possible ; et elle n'a pas dû croire qu'elle en sera
« affranchie s'il plaît au débiteur de ne pas payer. » (2).

(1) V. Renouard, t. 2, pag. 97.

(2) V. Renouard, t. 2, pag. 98.

Rappelons, en terminant, que les cautions devront être appelées pour défendre, s'il leur plaît, à la demande en résolution. (Art. 520).

SECTION III. — Du cas de seconde faillite.

145. — Le concordataire peut, sur la poursuite de créanciers postérieurs à l'homologation du concordat, être déclaré une seconde fois en faillite. Quel sera l'effet de cette seconde faillite sur le concordat ?

Comme dans le cas d'annulation ou de résolution du concordat, le traité tombera, puisque les biens du failli se trouvent à nouveau frappés de dessaisissement, et la situation des créanciers anciens se règlera, conformément à l'article 526 (Voir cet article, *in fine*).

Mais, à la différence de ce qui a lieu quand le traité est annulé ou résolu, on devra procéder à *toutes* les formalités de la procédure de faillite.

146. — Il en résulte que les actes faits par le failli depuis le concordat pourront être frappés par les articles 446, 447 et 448 du Code de commerce ; il n'y a plus à s'occuper uniquement de l'article 525. On fera des articles 446 et suivants une application d'autant plus sévère que les tiers auront été avertis par des faits patents, de la situation de leur débiteur.

147. — Nous avons retardé jusqu'à ce moment l'examen d'une question dont la solution divise les auteurs : *Que deviendra l'inscription de l'article 517, soit au cas d'annulation ou de résolution du concordat, soit au cas de nouvelle faillite ?*

Au cas de nouvelle faillite, la question est facile à résoudre, et personne ne doute que l'hypothèque de l'article 517 n'assure préférence aux créanciers concordataires, par rapport aux nouveaux créanciers, pour le montant du dividende promis dans le concordat (1).

S'il y a résolution ou annulation du concordat, l'inscription prise en vertu de l'article 517 tombera avec le concordat qui, sauf les conséquences des paiements effectués sur les dividendes, est censé n'avoir jamais existé à l'égard de la masse. Mais en même temps revit l'hypothèque de l'article 490, à laquelle les hypothèques individuelles avaient été substituées par la transcription du jugement d'homologation, car l'anéantissement du concordat ne saurait rétroagir contre les droits acquis antérieurement à ce concordat, à la masse reconstituée par la réouverture de la faillite (2).

(1) Paris, 22 juin 1850. (Sir., 51, 2, 542). — Renouard, t. 2, pag. 115.

(2) Renouard, t. 2, pag. 114. — Ruben de Couder, *vo Concordat*, nos 314 et 315. — *Contrd* : Demangeat sur Bravard, pag. 470.

CHAPITRE QUATRIÈME

· DU CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF.

148. — Nous avons dit plus haut (Chap. II.) que toute clause non contraire à l'ordre public pouvait être insérée dans le traité qui intervient entre le failli et la majorité de ses créanciers. C'est par suite de cette liberté laissée aux conventions des parties que s'introduisirent dans la pratique *les concordats par abandon d'actif*.

Ces concordats s'expliquent par leur nom même. Pour prix de la libération qu'ils accordent au failli, les créanciers restent nantis de tout ou partie de son actif et en poursuivent, par des mandataires de leur choix, la réalisation et la répartition.

Le Code n'avait pas réglementé ces sortes de concordats, mais leur validité devait être et fut toujours admise. Comme le disait la Cour de Paris, dans un arrêt du 9 juin 1849, « les parties, libres d'insérer
« dans le concordat toutes les clauses non contraires à l'ordre public,
« peuvent choisir la forme qui se rapproche le plus de l'union,
« comme étant le plus convenable à leurs intérêts. » (1).

(1) V. Demangeat sur Bravard, p. 478, note 2.

149. — De nombreux motifs firent naître cette sorte de concordat et en développèrent l'usage. Faillis et créanciers y trouvaient, en effet, de grands avantages.

Les créanciers étant souvent en présence d'un failli dont les capacités commerciales ou même l'honnêteté étaient plus que douteuses, se montraient peu disposés à lui accorder un concordat en vertu duquel il pût reprendre l'administration et la disposition de ses biens. De son côté, le failli, toujours désireux d'obtenir un concordat et d'échapper à la défaveur que ferait peser sur lui l'état d'union, n'hésitait pas à abandonner tout ou partie de son actif à ses créanciers pour obtenir sa libération totale. Or, le concordat par abandon, tel que l'avait réglé la pratique, répondait à tous les désirs que faisait naître une pareille situation : les créanciers restaient nantis de l'actif, et le débiteur obtenait avec la faveur d'un concordat sa libération définitive.

On rencontrait dans cette sorte de concordat un autre avantage, qui contribua puissamment à le répandre dans la pratique : les créanciers échappaient aux lenteurs et aux frais considérables résultant de l'union, et ils pouvaient espérer retirer des biens de leur débiteur un prix bien plus élevé puisque la réalisation de l'actif n'était plus forcée et pouvait se faire en temps propice et de la manière la plus conforme à leurs intérêts.

150. — Toutefois le défaut de réglementation de ce concordat avait fait naître des abus nombreux et très préjudiciables à l'intérêt des créanciers, du failli et de l'ordre public.

Les créanciers choisissaient des commissaires souvent inexpéri-

mentés et négligents, quelquefois même peu scrupuleux. Ceux-ci n'étaient astreints à aucune surveillance : libres de toute responsabilité, ils ne rendaient pas de compte, laissaient la liquidation se prolonger indéfiniment au grand détriment des intéressés. Pour les révoquer, il fallait une décision de la majorité des créanciers, majorité difficile à réunir. En outre, les répartitions se faisaient d'une manière arbitraire, et il arrivait plus d'une fois qu'un créancier retardataire ou non averti ne trouvait en face de lui qu'un débiteur complètement libéré par le concordat.

Le failli avait aussi à se plaindre d'un tel état de choses, car, s'il voulait un jour se faire réhabiliter, il se voyait en présence d'une comptabilité irrégulière et dans l'impossibilité de connaître exactement le montant des dividendes répartis entre ses créanciers.

Enfin, les commissaires se montraient peu disposés à déférer aux tribunaux les faillis coupables de banqueroute simple ou même frauduleuse, ce qui portait atteinte à l'ordre public.

151. — Ces différents motifs firent comprendre la nécessité de réglementer les concordats par abandon et la loi du 17 juillet 1856, dont la première idée appartient à Bravard-Veyrières, vint combler la lacune que présentait sur ce point la loi de 1838. (Art. 541).

Les auteurs de cette loi ont reconnu les concordats par abandon d'actif et ont consacré un double principe : 1° en accordant au failli le bénéfice et les avantages du concordat (art. 541, al. 3) ; 2° en soumettant les biens abandonnés au régime de l'union (art. 541, al. 4). Le concordat par abandon ressemble donc à l'union en ce que les biens du failli sont liquidés et que les créanciers se paient eux-

mêmes leurs dividendes au lieu de compter sur leur débiteur pour le leur payer ; il ressemble au concordat ordinaire en ce que remise est faite au failli de tout ce que les créanciers ne pourront pas recouvrer par la liquidation de ses biens.

Le concordat par abandon d'actif profite à la personne du failli en l'affranchissant de toutes les incapacités dont il était frappé ; il maintient, au contraire, l'état de faillite quant aux biens abandonnés, dont la liquidation s'opère, comme au cas d'union, par les soins du syndic.

152. — On peut justement critiquer sur ce dernier point la loi de 1856. Au lieu de laisser aux créanciers le droit d'adopter le mode de liquidation qui leur paraîtrait le meilleur, de nommer eux-mêmes les commissaires qui en seraient chargés, les auteurs de la nouvelle loi ont soumis les biens abandonnés au régime de l'union, contrairement au projet présenté par Bravard-Veyrières. Ils ont ainsi enlevé en partie au concordat par abandon ses avantages et sa raison d'être.

Quel intérêt, en effet, les créanciers auront-ils à adopter cette sorte de traité ? Aucun ; ils ont à souffrir une liquidation lente et désavantageuse et ils perdent tout recours contre leur débiteur, désormais libéré. Laisser la faillite suivre son cours nous paraît aujourd'hui bien préférable pour eux : leur dividende sera aussi élevé et si le failli revient à meilleure fortune, ils pourront agir contre lui pour tout ce qu'ils n'auront pas réellement touché.

On peut adresser à la loi du 1856 un autre reproche : c'est d'avoir été rattachée à l'article 541 du Code de commerce, qui refuse aux commerçants le bénéfice de la cession de biens judiciaire ; ainsi

placée, la loi sur le concordat par abandon peut paraître constituer une exception à la disposition légale qui prohibe la cession de biens judiciaire. Or, rien n'est moins exact; il n'y a rien de commun entre le concordat par abandon et la cession de biens; tout au contraire, on ne peut que trouver entre ces deux conventions de profondes et nombreuses différences.

La cession de biens doit s'étendre à tous les biens de débiteur; le concordat peut n'abandonner qu'une partie de l'actif. Les tribunaux accordent seuls la cession de biens sans consulter les créanciers; le consentement de la double majorité en nombre et en sommes reste la loi du concordat par abandon. La cession de biens ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence des biens cédés; le concordat par abandon le libère intégralement (1).

Suivant la proposition de Bravard-Veyrières, il eut été préférable d'ajouter les dispositions de la loi nouvelle à l'article 519, qui consacre en principe, comme un des principaux effets du concordat, le rétablissement du failli à la tête de ses affaires. En agissant ainsi, à côté de la règle, on aurait immédiatement trouvé l'exception, puisque le concordat par abandon laisse les biens aux mains des créanciers, en maintenant le dessaisissement. Cette faute du législateur prouve que cette loi n'a pas été suffisamment étudiée.

153. — Les effets du concordat par abandon nous sont déjà connus. Cependant, on nous permettra, avant de terminer, de les rappeler et de faire connaître quelles en sont les principales conséquences :

(1) Voir art. 1265 et suivants du Code civil.

1^o Le dessaisissement continue pour les biens abandonnés qui sont liquidés d'après les règles de l'union.

Il en résulte que, pendant la liquidation, le failli ne pourra exiger la remise de ses livres, registres et papiers ; mais, après la réalisation de l'actif abandonné, il pourra les réclamer comme utiles à ses nouvelles affaires (1).

Les syndics sont désormais les mandataires des créanciers et n'ont aucun compte à rendre au failli. Toutefois celui-ci, ayant intérêt à ce que ses créanciers reçoivent un dividende le plus élevé possible, peut surveiller l'administration des syndics ; et on lui a même permis de poursuivre les recouvrements négligés par les créanciers. Dans ce cas, la justice prendra ses précautions pour que ces sommes soient remises à la masse (2).

L'état de faillite étant maintenu quant aux biens abandonnés, et la masse des créanciers existant encore, il s'ensuit que les actions qui naissent de la faillite et qui font partie de l'actif continuent de pouvoir être exercées par les syndics après l'abandon. Il en sera ainsi spécialement des actions résultant des articles 446 et 445, relatifs au rapport à la masse des sommes payées par le failli en temps prohibé (3).

L'article 541 indique quels sont, dans la section IV du chapitre VI, les articles applicables à la liquidation des biens abandonnés. Signalons, à ce propos, une omission que tous les auteurs reconnaissent :

(1) Orléans, 1^{er} décembre 1869. (D., P., 70, 2, 89).

(2) Colmar, 29 décembre 1859. (D., P., 61, 5, 222).

(3) Rennes, 29 janvier 1861. (Sir., 61, 2, 245). — V. Bravard et Demangeat, p. 485.

les articles 571 et suivants devront être observés pour la vente des immeubles du failli.

2° Le failli, désormais libéré à l'égard de ses créanciers, reprend la disposition de ses nouveaux biens et peut se livrer à un commerce quelconque, même à celui qu'il faisait avant sa faillite.

APPENDICE

DES CONCORDATS AMIABLES

INTRODUCTION

154. — Le concordat judiciaire en matière de faillite est le sujet de thèse que nous avons choisi et que nous nous sommes promis d'étudier d'une manière complète. Ce but, nous pensons l'avoir atteint, et nous aurions terminé notre travail avec l'étude du concordat par abandon d'actif, si nous n'avions cru utile de parler des conventions qui interviennent souvent entre un débiteur en état de cessation de paiements et l'unanimité de ses créanciers, soit avant, soit même après la déclaration de faillite. Nous avons ainsi nommé les concordats amiables.

Les concordats amiables soulèvent des questions aussi nombreuses que difficiles, et leur étude fournirait amplement la matière d'une thèse de doctorat. Nous n'avons pas la prétention d'examiner toutes les difficultés du sujet, nous nous bornerons à signaler et à résoudre celles qui s'offrent naturellement à l'esprit.

155. — Dans la vie commerciale, rien n'est aussi fréquent, aussi usité que le concordat amiable. Le commerçant qui se trouve en présence de la sombre perspective de la faillite fait, presque toujours, tous ses efforts pour l'éviter et pour repousser le déshonneur qui en est la conséquence. Aussi voit-on peu de déclarations de faillite qui n'aient été précédées de démarches auprès des créanciers dans le but d'arriver à une entente amiable.

Les créanciers trouvent également de grands avantages à éviter la faillite : les statistiques démontrent que les faillites donnent rarement de bons résultats ; les frais considérables auxquels donne lieu la liquidation judiciaire de l'actif diminuent d'autant le dividende. Ainsi, par un traité amiable avec leur débiteur, les créanciers améliorent le plus souvent leur situation pécuniaire tout en échappant aux lenteurs et aux frais de la procédure de faillite.

On ne trouve dans nos Codes aucun texte de loi relatif au concordat amiable. A plusieurs reprises, des vœux ont été exprimés pour qu'on le réglementât. Mais le législateur a pensé avec raison qu'une loi sur ce point était superflue, que l'intervention de la loi et de l'autorité publique était évidemment inutile, si tous les créanciers s'entendaient avec le failli pour régler leurs positions respectives.

Nous donnerons donc la définition suivante du concordat amiable :

Le concordat amiable est le contrat qui intervient entre un commerçant qui a cessé ses paiements et l'unanimité de ses créanciers, soit avant, soit après la déclaration de faillite.

156. — Ainsi d'une part, le commerçant ; de l'autre, l'unanimité de ses créanciers. C'est dans cet acquiescement général que réside le trait caractéristique du concordat amiable.

157. — Mais que faire si un ou deux créanciers s'opposent seuls à la formation du contrat ? En pratique, le débiteur et les créanciers consentants s'entendent pour désintéresser complètement ceux qui cherchent à abuser de leur refus ou qui s'obstinent à repousser des conditions reconnues avantageuses par tous. C'est la seule manière de tourner la difficulté ; les créanciers récalcitrants se voient contraints d'accepter les offres à eux faites et ne peuvent s'opposer au concordat consenti par des créanciers restants (1). Comme on vient de le voir par notre définition, ce contrat peut être formé à diverses époques, soit avant, soit après la faillite.

Avant la faillite, les créanciers sont maîtres de leurs droits, et les conventions qu'ils font avec leur débiteur ont force de loi pour les parties. (Art. 1134, Cod. civ.). Nul n'a donc jamais douté de la validité du concordat amiable consenti dans cette hypothèse.

Même après la faillite ce concordat peut être obtenu par le failli. Le régime de la faillite n'a été organisé que pour assurer une répartition égale de l'actif. Si tous les créanciers s'entendent avec leur débiteur, la protection de la loi devient inutile et les tribunaux ne doivent faire aucune difficulté pour ordonner la discontinuation des opérations de la faillite. Le syndic n'étant, en effet, que le mandataire légal des créanciers, son mandat s'éteint naturellement par l'accord de tous les mandants décidés à faire cesser l'état de faillite ; sauf, comme nous le verrons, l'homologation du traité par le tribunal (2).

(1) Nîmes, 29 août 1860. (D, 61, 5, 229).

(2) V. Alauzet, n° 2655

158. — Le plan que nous suivrons se trouve tracé par ce que nous venons de dire :

Dans un chapitre premier, nous étudierons le concordat amiable arrêté avant toute déclaration de faillite ; dans un chapitre deuxième, nous traiterons le concordat amiable intervenu après la déclaration de faillite.

CHAPITRE PREMIER

DES CONCORDATS AMIABLES INTERVENUS AVANT LA DÉCLARATION DE FAILLITE.

159. — Le concordat amiable peut être consenti sous différentes conditions : il peut être fait moyennant : soit l'abandon *immédiat* de l'actif, ou le paiement *immédiat* d'un dividende, ou l'obligation de tiers *directement* engagés sans condition de remboursement ; soit l'engagement de payer un ou plusieurs dividendes *après des délais convenus*.

Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

SECTION I. — **Concordat moyennant abandon immédiat de l'actif, ou le paiement immédiat d'un dividende, ou l'engagement de tiers directement engagés sans condition de remboursement.**

160. — Bien que l'article 541 du Code de commerce interdise aux commerçants la cession des biens, rien ne s'oppose à ce qu'un débiteur abandonne à ses créanciers la totalité de son actif. La loi de 1856 a, du reste, autorisé le concordat judiciaire par abandon d'actif ; de

lors les parties, qui ont dans notre cas la plénitude de leur capacité contractuelle, peuvent parfaitement adopter une semblable clause dans leur contrat (1). Souvent aussi, les parents du failli interviennent : ils paieront immédiatement une certaine somme aux créanciers, ou bien ils s'engageront directement et personnellement envers eux à leur payer un dividende à une époque déterminée.

Conclu sur ces bases avec l'unanimité des créanciers, le concordat amiable sera inattaquable, et le débiteur sera définitivement libéré pourvu que l'abandon de l'actif ou le paiement du dividende soit immédiat, et que, s'il existe un terme, ce terme soit convenu uniquement entre les créanciers et les tiers intervenants, devenus leurs obligés directs.

161. — Cependant, si le débiteur est déclaré en faillite sur les poursuites de créanciers postérieurs au concordat amiable et si le jugement déclaratif fait remonter l'époque de la cessation de paiements à la date du contrat, la demande en annulation de la dite convention et celle en rapport qui en est la conséquence, devront-elles être admises par l'application des articles 446 et 447 ?

Nous ne le pensons pas. Les articles 446 et 447 n'ont d'autre but que d'annuler, par rapport à la masse, toutes les stipulations et tous les actes au moyen desquels certains créanciers pourraient obtenir de leur débiteur en état de cessation de paiement, et au détriment des autres créanciers, des avantages personnels et exorbitants. Mais

(1) Voir ci-dessus différence entre le concordat par abandon et la cession de biens, n° 152.

ces articles ne sauraient atteindre un traité souscrit par *tous* les créanciers, faisant à tous une situation exactement pareille et libérant le débiteur d'une manière définitive. Les créanciers postérieurs n'ont aucun droit à faire annuler un contrat exécuté, soit sur un actif qui n'a jamais été leur gage, soit sur les biens de tiers qui se sont obligés personnellement au lieu et place du débiteur (1).

Comme le fait remarquer l'arrêt indiqué en note, « quelle est la « masse par rapport à laquelle cette convention pourrait être annulée, « puisque le débiteur est, par ce traité, et au moment du traité, « libéré envers tous ses créanciers et quels sont les créanciers au « préjudice desquels elle a été faite, puisque tous, à la suite d'un « sacrifice égal, ont obtenu une égale condition ? »

162. — Mais qu'advient-il si un ou plusieurs créanciers ont été omis et n'ont pas pris part au traité ?

Ils poursuivent le débiteur et, ne recevant aucune satisfaction, ils font déclarer la faillite et fixer la date de la cessation des paiements au jour où le contrat a été conclu. Pourra-t-on appliquer à la convention les articles 446 et 447 du Code de commerce pour en entraîner la nullité ou l'annulabilité ?

Nous croyons devoir répondre affirmativement.

Dans l'hypothèse précédente, (voir n° 160) la déclaration de faillite et la fixation de la cessation des paiements au jour du contrat ne pouvaient avoir aucun effet sur le concordat amiable, parce que cette cessation de paiements avait pris fin par ce concordat à l'égard des

(1) Bordeaux, 5 avril 1870. (Sir., 70, 2, 311).

créanciers qui y avaient *tous* concouru et se trouvaient désormais désintéressés. Mais, dans l'hypothèse que nous prévoyons, la cessation des paiements existe vis-à-vis des créanciers omis ; ceux-ci rentrent dans la masse représentée par le syndic et apportent à cette masse le droit de faire annuler le contrat.

Ils pourront donc poursuivre la nullité du concordat amiable : s'il y a concordat moyennant abandon de l'actif, ils invoqueront l'article 446, puisque cet article interdit tout paiement fait autrement qu'en espèces ou effets de commerce, et qu'il y a ici paiement en marchandises, voire même en immeubles. Le concordat a-t-il été consenti à raison du paiement d'un dividende, ils s'appuieront sur le même texte, si parmi les créanciers, ayant pris part au contrat, il s'en trouve dont les créances n'étaient pas échues au jour du traité. Dans toutes les autres hypothèses ils motiveront leur action sur l'article 447 ; et elle sera souvent accueillie, car les créanciers concordataires auront presque toujours connu l'état de cessation de paiements de leur débiteur (1).

163. — Si le créancier qui n'a pas concouru au concordat a été omis à la suite d'un concert frauduleux entre le failli et les créanciers contractants, il lui sera inutile de recourir à la déclaration de faillite pour faire annuler la convention. L'article 1167 lui donne une action permettant d'atteindre ce but.

Cette hypothèse se présentera rarement, car les créanciers contractants ignoreront le plus souvent l'omission.

(1) Bordeaux, 4 août 1868. (Sir., 70, 2, 311).

164. — Les articles 597 et 598 du Code de commerce sont-ils applicables au concordat amiable ? Est-il défendu d'y insérer des clauses établissant des avantages particuliers au profit de certains créanciers ?

Nous sommes pour l'affirmative. Lorsqu'il y a faillite, soit déclarée, soit résultant de la suspension des paiements, les créanciers dont les droits sont indivis sont constitués en une sorte de société qui leur fait à tous une destinée commune et ne permet plus à aucun intérêt particulier de négocier en dehors et au préjudice de l'intérêt général. Si le jugement déclaratif de la faillite est indispensable pour en organiser l'administration, il est inutile lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur des actes consentis par le débiteur au détriment de la masse. Permettre à un commerçant d'avantager dans un concordat amiable quelques créanciers, c'est aller à contre de nombreuses dispositions de la loi qui frappe de nullité certains actes antérieurs à toute déclaration judiciaire. Le plus souvent, le débiteur n'a fait qu'obéir aux menaces et aux exigences d'un créancier peu scrupuleux ; la conduite de ce dernier ne mérite aucune indulgence, car il a commis un acte de mauvaise foi qui, blâmable s'il n'y avait faillite, mérite une punition dès que la cessation des paiements existe (1).

165. — Les remises consenties dans un concordat amiable ont-elles pour résultat de libérer les cautions ? Dans le concordat judiciaire les cautions restent tenues au paiement intégral des créances qu'elles ont garanties : en sera-t-il de même ici ?

Nous n'hésitons pas à répondre que les cautions seront libérées

(1) Cass., 4 juillet 1854. (Sir., 54, 1, 785) ; Cass., 22 août 1866. (Sir., 66, 1, 389)

par les remises accordées amiablement au débiteur. Cette différence entre le concordat judiciaire et le concordat amiable est facile à comprendre : dans le premier, la remise s'impose au créancier ; qu'il le veuille ou non, il est obligé de se soumettre au concordat, exécutoire de par la loi contre tous les créanciers ; la remise faite au débiteur, loin d'être volontaire, est au contraire le résultat d'une contrainte légale. Dans le second, la caution peut invoquer les articles 1287 et 2035 du Code civil. Il s'agit incontestablement ici d'une remise libre et volontaire entraînant la libération du débiteur principal, et par suite l'extinction de l'obligation accessoire de la caution. Le créancier ne pourrait même pas, par une stipulation expresse, réserver ses droits contre les cautions, car « cette réserve aboutirait, « dans son exercice, ou à un recours des cautions contre le débiteur, « ce qui rendrait la remise sans effet, ou à un paiement de la part « des cautions, sans recours contre le débiteur, ce qui est contraire « aux dispositions de l'article 2037, qui prononce la libération de la « caution quand le créancier ne peut, par son fait, la subroger à ses « droits (1). »

Toutefois, n'existera-t-il aucun moyen pour le créancier de conserver la garantie du cautionnement ? Le créancier pourra obtenir de la caution l'engagement de ne pas opposer sa décharge, ou bien encore la caution renouvellera sa garantie. De cette façon, le créancier conservera tous ses droits contre la caution.

(1) Larombière, *Obligations*, sur l'art. 1287, n° 1. — Aubry et Rau, 4, p. 205 et note 23. — Demolombe, t. 27, n° 462 — *Contra*, Zachariæ, § 324, Note 17.

166. — Nous avons déjà examiné, en traitant des effets du concordat judiciaire, la question de savoir si les remises faites au débiteur sont sujettes à rapport dans les successions, soit comme donations, soit comme dettes. Nous ne reproduirons pas ici les discussions des auteurs sur ce point de droit. Notre opinion est la même que dans le cas de concordat judiciaire.

En principe, et à moins que l'*animus donandi* ne résulte clairement des circonstances dans lesquelles la créance est née, les remises ne sauraient être rapportables comme donations. C'est une question d'appréciation de la part des tribunaux. Comme dettes, le rapport ne pourra jamais être exigé. (Voir chapitre II, nos 98 et 99).

SECTION II. — Du concordat amiable sous la forme d'un contrat d'atermolement.

167. — Souvent les créanciers n'accordent simplement que des délais à leur débiteur et facilitent sa libération en éloignant ainsi les échéances. Souvent aussi, le débiteur s'engage à payer, le jour du contrat, un premier dividende et en promet d'autres à des époques déterminées ; il est libéré du reste de ses dettes. En raison de ces délais, le concordat amiable prend le nom de *contrat d'atermolement*.

Supposons qu'un commerçant ait reçu 50 0/0 de remise sur ses dettes ; il doit payer un dividende de 30 0/0 le jour du concordat amiable, et successivement deux dividendes de 10 0/0 chacun, à six

mois et un an de date. Quel effet produira sur une convention de ce genre la survenance du jugement déclaratif de faillite et la cessation de paiements au jour du contrat ? Il faut examiner deux hypothèses :

168. — 1° Le concordat a été pleinement exécuté, c'est-à-dire, tous les dividendes ont été payés, et aucun créancier n'a été omis. La faillite n'aura pas d'influence sur la convention ; le concordat restera valable. Toutefois, pour maintenir cette décision, il est, selon nous, nécessaire qu'aucune dette nouvelle n'ait été contractée par le débiteur pendant le temps qui s'est écoulé entre le paiement du premier dividende et celui des dividendes atermoyés. Ces derniers dividendes auraient, en effet, été pris sur un actif qui servait de gage au créancier postérieur ; et ce dernier aurait le droit de les faire rapporter en s'appuyant soit sur l'article 446, soit sur l'article 447.

169. — 2° Si le premier dividende a seul été payé à tous les créanciers, quel sera le sort du concordat ?

La faillite empêchera l'exécution du concordat ; et les créanciers concordataires, n'ayant aucun espoir de recevoir les dividendes atermoyés, pourront en obtenir la résolution, conformément à l'article 1184 du Code civil. Mais si ces créanciers ne veulent pas produire à la faillite pour le reliquat de leurs créances et se contentent du premier dividende, le syndic ne pourrait pas, croyons-nous, en exiger le rapport.

170. — Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse où le débiteur répond seul de l'exécution du concordat. Si le paiement des

dividendes a été garanti par un cautionnement, les créanciers auront-ils le droit, en s'abstenant de produire à la faillite, de recourir contre la caution ? Nous le croyons, pourvu que le cautionnement ait été accordé à *tous* les créanciers. Les garanties données à la collectivité des créanciers ne sauraient tomber sous le coup des articles 597 et 598 (1).

171. — Le concordat amiable se concluant avant la déclaration de faillite, les articles 557 et suivants du Code de commerce, relatifs aux droits des femmes, ne reçoivent aucune application. Si la femme a demandé sa séparation de biens et fait liquider ses reprises, elle pourra intervenir au concordat dans la plénitude de ses droits. Aussi les créanciers auront-ils intérêt à la faire intervenir pour subroger la masse des créanciers à une de ses hypothèques, en donner mainlevée ou céder une de ses créances : si tant est que son régime matrimonial le lui permette.

Mais la faillite survient. Quels seront les droits de la femme ? Si elle n'est pas intervenue au concordat, sa situation est indépendante de ce contrat : si elle est au contraire partie contractante, si elle a paru au traité comme créancière, l'étendue de ses droits est subordonnée au maintien de cette convention.

(1) Cass, 11 mars 1868. (Sir., 69, 1, 15).

CHAPITRE DEUXIÈME

DES CONCORDATS AMIABLES INTERVENUS APRÈS LE JUGEMENT DÉCLARATIF ET AU COURS DE LA FAILLITE.

172. — Un concordat amiable peut certainement être formé après le jugement déclaratif et au cours de la faillite.

Contrairement à cette opinion, adoptée depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence, M. Bédarride soutient que l'accord unanime des créanciers ne peut mettre un terme à l'état de faillite. « Après le jugement qui proclame la faillite, dit cet auteur, l'unanimité des créanciers se prononcerait en vain. Elle ne pourrait arrêter la marche de la faillite, ni se soustraire à l'application de l'article 507. Les formalités qui doivent précéder le concordat sont d'ordre public : il n'est donc permis à personne d'en empêcher la réalisation (1). »

Cette solution, comme beaucoup d'autres données par cet auteur, doit être repoussée. La procédure de la faillite est faite pour protéger également tous les créanciers ; mais si tous sont d'accord pour adopter

(1) V. Bédarride, *Traité des faillites*, t. 2, n° 526.

les propositions du débiteur commun, la protection de la loi devient inutile, car les créanciers, qui sont les maîtres, sont évidemment les meilleurs juges de leurs intérêts. L'ordre public que M. Bédarride met en avant, n'est pas intéressé à ce qu'il y ait beaucoup de faillites. L'intérêt moral de la société et du commerce veut que le commerçant qui se trouve sous le coup de la faillite puisse, avec l'aide de sa famille, en écarter la souillure. Il va de soi, du reste, que notre théorie ne pourra porter atteinte à l'action du ministère public ; sous cette réserve, il faut donc admettre que le concordat amiable pourra intervenir à tous les moments de la faillite (1).

173. — Si le concordat amiable est formé avant que le jugement déclaratif n'ait acquis l'autorité de la chose jugée, il devra, sur l'opposition ou l'appel, être rapporté ou réformé, et les effets de la faillite seront effacés de plein droit (2).

174. — Mais si nous croyons qu'un concordat amiable peut intervenir au cours de la faillite, nous pensons que l'ordre public exige l'intervention du tribunal pour contrôler le contrat. Une simple convention ne pourrait pas interrompre par sa seule force les opérations judiciaires et enlever au syndic le mandat légal qu'il a reçu de la justice.

Le tribunal aura donc à examiner s'il doit accorder son homolo-

(1) Lyon, 29 août 1849. (Sir., 50, 2, 19). Agen, 23 juin 1859, (Sir., 59, 2, 408). — Alauzet, n° 1825 ; Boistel, n° 1067.

(2) Alauzet, n° 2415 ; Dufour, *Revue de droit comm.*, 1863, page 191 ; Rennes, 19 août 1871. (Sir., 71, 2, 131) ; Rouen, 27 juillet 1872, (Sir., 73, 2, 222).

gation au concordat amiable, et, s'il sanctionne le traité, il devra prendre des mesures pour sauvegarder les droits des créanciers inconnus qui pourraient se présenter. Il exigera, par exemple, un cautionnement dont il déterminera la quotité et la durée.

Le tribunal vérifiera aussi avec soin si l'unanimité des créanciers a été obtenue et, alors que le concordat amiable interviendra après le refus d'un concordat judiciaire, si le failli pourra tenir ses promesses et exécuter fidèlement ses engagements. Sinon, il devra refuser son homologation.

175. — Le failli, après l'obtention du concordat amiable, assignera le syndic pour en entendre prononcer l'homologation et voir ordonner par le tribunal la discontinuation des opérations de la faillite.

176. — Si, après l'homologation du contrat, on découvre que le concordat n'a été obtenu qu'à la suite de manœuvres dolosives, ou si les conditions du traité ne sont pas exécutées, les créanciers pourront en poursuivre l'annulation et faire revivre l'état de faillite.

177. — Quelle sera la situation faite par l'annulation du concordat aux cautions qui en ont garanti l'exécution ? M. Boistel veut qu'elles soient libérées et refuse de leur appliquer les dispositions de l'article 545 (1). Nous sommes d'un avis contraire : les cautions resteront tenues, car les créanciers n'ont exigé le cautionnement que pour éviter le retour à la faillite.

(1) Boistel, n° 1068.

POSITIONS.

DROIT CIVIL.

- I. L'article 490 du Code de commerce confère aux créanciers de la faillite une véritable hypothèque sur les immeubles du failli.
- II. Les avantages résultant des remises faites dans un concordat sont-ils soumis au rapport, soit comme donations, soit comme dettes ? Comme donations, il y a lieu de faire une distinction ; comme dettes, le rapport ne peut jamais être exigé.
- III. On peut stipuler une communauté réduite aux acquêts immobiliers.
- IV. L'article 1305 du Code civil s'applique au mineur agissant seul.

DROIT COMMERCIAL.

- I. Le créancier hypothécaire peut, en prouvant l'insuffisance de

son hypothèque, renoncer pour partie seulement à cette garantie et prendre part au vote sur le concordat.

PROCÉDURE CIVILE.

- I. L'acquiescement à un jugement ne peut émaner d'un avoué, ni d'un agréé près un tribunal de commerce.

HISTOIRE DU DROIT.

- I. L'*Advocatus fisci* n'est pas l'origine de notre ministère public.

DROIT CRIMINEL.

- I. L'individu, qui, profitant de ce qu'une fille mineure a été déjà détournée de l'autorité paternelle par un premier ravisseur, l'enlève à son tour, n'est pas complice du crime de détournement de mineure.
- II. L'action civile, même comme action principale, ne survit pas à l'action publique.

DROIT MARITIME.

- I. Le délaissement n'est plus possible quand la cause de délaissement n'existe plus.
- II. Les propriétaires d'un navire peuvent se faire rembourser

par les assureurs ce qu'ils ont dû payer pour les fautes du capitaine.

DROIT DES GENS.

- I. Le concordat conclu et homologué à l'étranger est opposable aux créanciers français par voie d'exception ; mais on ne peut poursuivre en France l'exécution de ce concordat qu'après avoir obtenu l'*exequatur* du jugement d'homologation et du jugement déclaratif de faillite.

DROIT ADMINISTRATIF.

- I. Les tribunaux judiciaires peuvent accorder une indemnité à raison du préjudice causé par le voisinage d'un établissement dangereux, incommode ou insalubre, même autorisé.

Vu par le Professeur, président de la Thèse,

Bordeaux, le 27 novembre 1880.

AUG. RIBÉREAU.

Vu par le Doyen,

A. COURAUD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Recteur,

OUVRÉ.

El. G. D.
11/11/11

~~~~~  
**ROCHEFORT. — IMPRIMERIE CH. THÈZE (PLACE COLBERT).**  
~~~~~

